Die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Philipps-Universität Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Änne Weland
Referendar aus Essen-Ruhr

Marburg (Lahn) 1926.

Die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Philipps-Universität Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Änne Weland
Referendar aus Essen-Ruhr

Marburg (Lahn) 1926.

Buchdruckerei Wilhelm Weland, Essen.

Referent: Geheimrat Professor Dr. F. Leonhard, Marburg (Lahn).

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1926.

Meinen Eltern!

Gliederung.

Literaturverzeichnis.

Adickes: Zur Lehre von den Bedingungen, Berlin 1876

Arnold: Die Wohnungsmiete nach dem BGB. 2. Auflage München 1900.

Bothe: Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingung nach dem BGB., Diss. Rostock, 1899.

Brecht: Bedingung und Anwartschaft, in Jherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 61, S. 1 ff.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB.

Cosack: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts. I. Jena 1902.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 16. Aufl., 1919.

Czyhlarz: Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag 1871.

Degenkolb: Platzrecht und Miete, Berlin 1867.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerl. Rechts, 2. Aufl. 1902.

Dernburg: Pandekten, Berlin 1884.

Daniels, F.: Rechtslage während des Schwebens der **aufschiebenden** Bedingung, Diss. Heidelberg 1919. In Staudingers Kommentar z. BGB. 9. Aufl., Bd. I 1925, S. 648 unten als „Rechtslage während des Schwebens der **auflösenden** Bedingung" zitiert.

Eisele: Zur Lehre von den condiciones iuris im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 54, S. 109—129.

Eisele: Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung, i. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 50, S. 253—327.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1905.

Endemann: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, I. Bd. 6. Aufl. 1899. 9. Aufl. 1903, II. Bd. Abtlg. 1 1905.

Enneccerus—Kipp—Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Allgemeiner Teil 15/17. Aufl., 1921. Schuldverhältnisse, 15/17. Aufl. 1922. Sachenrecht 1913, 12/14. Aufl. 1921.

Enneccerus: Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins 1871.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin Marburg 1889.

Exner: In Grünhuts Zeitschr., Bd. I, S. 231 f, 1874.

Fitting: über den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856.

Fuchs: Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34, S. 368 ff

Geub: Ergreift das Pfandrecht des Vermieters eingebrachte Sachen Dritter? D. J. Z., 1900, S. 479.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I und II

Goldschmidt: über den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer, in Zeitschrift für Handelsr. Bd. 8, S. 227—344 1865.

Grimm, W.: Gutgläubiger Erwerb bei bedingten Verfügungen, Diss. Jena 1906.

Hartmann: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, in Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13, S. 521—530, 1871.

Heitsch, Fritz: Die Verfügungsbeschränkung des § 161 BGB., Diss. Jena 1906.

Hellwig: Grenzen der Rückwirkung, Gießen 1907.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil, 1900.

Holtz: Der Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften. Diss. Rostock, 1904.

Ihering: Geist des römischen Rechts, Teil III, Abtlg. I, 3. Aufl. 1877.

Ihering: Passive Wirkungen der Rechte, in Iher. Jahrb. f. Dogm., Bd. 10, S. 387.

Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.

Koeppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in Iher. Jahrb. f. Dogm., Bd. 11, S. 139—22, 1871.

Kohler: Die Resolutivbedingung, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 1 ff.

Labes: Ergreift das Pfandrecht des Vermieters eingebrachte Sachen Dritter? D. J. Z. 1900, S. 225.

Leonhard F.: Lehrbuch in kurzen Sätzen, Berlin 1923.

Leonhard F.: Willkür und Willenserklärung, in Iher. Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 174 ff.

Leonhard R.: Der Allgemeine Teil des BGB., 1900.

Lind, Georg: Die Lehre von der erfüllten Resolutivbedingung mit Rücksicht auf das BGB., Diss. Erlangen, 1898.

Mannhardt: Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Pfandrechte an Sachen Dritter, Recht 1900, S. 296 ff.

Martinius: Wenn nicht und wenn . . . nicht, in Gruchots Beitr., Bd. 51, S. 503.

Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., Berlin 1909.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB.

Niedner: Bedingte Eigentumsübertragung und Vermieterpfandrecht, D. J. Z. 1907, S. 359 ff.

Niendorff: Mietrecht nach dem BGB., 10. Aufl., Berlin 1914.

Oertmann: Kommentar zum BGB., allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908. Schuldverhältnisse, 3/4 Aufl., Berlin 1908.

Pietzker: über den Begriff der aufschiebenden Bedingung, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 74, S. 462.

Planck: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1913, Schuldrecht, 3. Aufl., Sachenrecht, 1/2. Aufl., 1902, 4. Aufl. 1920.

Raape: Resolutivbedingung und gesetzliches Pfandrecht, D. J. Z. 1908, S. 133.

Rehbein: Das BGB. mit Erläuterung für Studium und Praxis, Allgemeiner Teil, 1899.

Reichsgerichtsräte = Kommentar, Bd. I, 1913, 5. Aufl., 1923. Bd. II, 1921.

v. Savigny: System des römischen Rechts, Bd. 3, 1840.

Sell: über bedingte Traditionen, Zürich 1839.

Semeka: Das Wartrecht, i. Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 35 S. 121 ff.

Scherer: Ergreift das Mietpfandrecht die eingebrachten Sachen Dritter? D. J. Z. 1900, S. 202—203, D. J. Z. 1900, S. 318.

v. Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.

v. Scheurl: Begriff der Rückziehung, in Kritischer überschau, Bd. V, S. 24—46, 1857.

Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, München 1902.

Schott: über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen, i. d. Festgabe f. Felix Dahn, Breslau 1905.

Schulin: über Resolutivbedingungen und Endtermine, Marburg 1875.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. I, 5/6. Aufl. 1910, 9. Aufl. 1925, Bd. II, 1910, Bd. III, 1912.

Traeger: Der Kausalbegriff im Zivil- u. Strafrecht, Marburg 1904.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des BGB. Bd. I, 1910, Bd. II 1914.
Wendt: Das bedingte Forderungsrecht, Rostock 1873.
Wendt: Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, Erlangen 1872.
Windscheid: Pandekten, 7. Aufl., 1891, 9. Aufl., 1896.
Windscheid: Die Lehre von der Voraussetzung, 1850.
Windscheid: Die Wirkung von der erfüllten Bedingung, 1851.
Windscheid: Über den Begriff der Rückziehung, in Kritischer Zeitschr., Bd. IV, S. 35—53, 1857.
Wollstadt: Die auflösende Bedingung, Diss. Heidelberg, 1908.
Zitelmann: Allgemeiner Teil, 1900.

Die Lehre von der Bedingung hat trotz ihrer Wichtigkeit und Bestrittenheit im neueren und neuesten Recht kaum eine Bearbeitung erfahren, während sie im gemeinen Recht der Gegenstand vieler und lebhafter Auseinandersetzungen war, ohne daß man zu übereinstimmenden Resultaten gekommen wäre. Zwar hat das BGB. in den wenigen Paragraphen, die es über die Bedingung enthält — seien es die allgemeinen Bestimmungen der §§ 158/162 oder die bei Regelung der einzelnen Materien eingefügten Sonderbestimmungen — manche Streitfrage des gemeinen Rechts entschieden, und doch bleibt die Lehre von der Bedingung noch so problematisch, daß sich eine Beschäftigung und Auseinandersetzung mit ihr wohl lohnt, ja, daß eine Bearbeitung der ganzen Bedingungslehre weit über den Rahmen der anzufertigenden Arbeit hinausgehen würde.

Die vorliegende Arbeit hat sich deshalb zur Aufgabe gemacht, nur einen Teil der Bedingungslehre, nämlich die **dingliche Wirkung** der Bedingung zu beleuchten und auch nicht der Bedingung im allgemeinen, sondern nur der einen Art der Bedingung, der **auflösenden Bedingung.** Allerdings werde ich recht oft auf die aufschiebende Bedingung hinübergreifen müssen, da die auflösende Bedingung im Gegensatz zur aufschiebenden in der Literatur verhältnismäßig wenig Bearbeiter gefunden hat und sie, wenn sie überhaupt erwähnt wird, in den meisten Fällen erst nach der aufschiebenden Bedingung behandelt wird, weil von letzterer auf erstere Folgerungen gezogen werden.

Der auflösenden Bedingung hat man von jeher Mißtrauen entgegengebracht, und der schwerste Vorwurf, den man gegen sie erhoben hat und heute noch erhebt, ist der, daß ihre Wirkungen, vor allem ihre **dingliche Wirkung**, zur Rechtsunsicherheit führe, daß sie daher in unserem Verkehrsleben mehr schade als nütze. Es soll nun im folgenden meine Aufgabe sein zu versuchen, von der gemeinrechtlichen Lehre ausgehend zum Verständnis der unseren gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegenden Gedanken zu kommen und auf Grund dessen zur richtigen Würdigung, Beurteilung und Entscheidung der durch das heutige Verkehrsleben bedingten Schwierigkeiten im Sinne größtmöglichster Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.

Einleitung.

Begriff der auflösenden Bedingung.

§ 1: Der Begriff der Bedingung im allgemeinen.

Mit dem Augenblick, in dem im Leben der Völker, der Stämme, ja der kleinsten Wirtschaftsgemeinschaften sich der Verkehr zu entwickeln beginnt, macht sich das Bestreben geltend, nicht nur über die Gegenwart, sondern auch über die Zukunft disponieren zu können, jetzt abgeschlossene Rechtsgeschäfte erst in Zukunft wirksam zu wissen. Die beiden Rechtsinstitute, die sich im Laufe der Entwicklung aus dieser Forderung des Verkehrs gebildet haben, sind **Befristung** und **Bedingung**, die beide eine Rechtswirkung von einem zukünftigen Ereignis, erstere von einem gewissen, letztere von einem ungewissen, abhängig machen. Beide, Befristung und Bedingung, sind von jeher in Konstruktion und Wirkung sehr umstritten gewesen, allmählich aber trat die Bedingung als die einschneidendere und für die Rechtswissenschaft schwerer zu erklärende in den Vordergrund. Von ihr soll auch hier die Rede sein.

Bedingung ist die einer Willenserklärung eingefügte Bestimmung des Inhalts, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle. Im gemeinen und auch noch im neueren Recht knüpfte sich schon an diese allgemeine Begriffsbestimmung der Bedingung eine Streitfrage, nämlich die Frage: „Was ist bedingt? Der Wille [1.], die Existenz [2] oder die Rechtswirkung des Geschäfts?“ [3.] Die Frage kann heute als dahin entschieden angesehen werden, daß man die **Rechtswirkungen** als bedingt bezeichnet. Bedingt sein heißt, etwas schwebt zwischen Sein und Nichtsein, es ist noch nicht vorhanden, kann aber evtl. zur Entstehung kommen. Das kann bei dem **Willen** nie zutreffen. Dieser kann nur von inneren seelischen Vorgängen abhängen, nie von äußeren Tatsachen, diese sind höchstens Motive; der Wille ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden, ein Mittelding gibt es nicht. Auch die **Existenz** des Rechtsgeschäftes kann nicht bedingt sein; denn es gehört nicht zum Begriffe des Rechtsgeschäftes, daß der durch die Willenserklärung

1. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung, S. 337.
2. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 76.
3. Windscheid, Pandekten, I, § 86, Anm. 3 a.
Dernburg, Pandekten, I, § 105.

bestimmte Erfolg wirklich und sofort hervorgebracht wird, folglich entsteht hier das Rechtsgeschäft sofort mit Abgabe der Willenserklärung. Abhängig von der Bedingung sind also nur die **Wirkungen** des Rechtsgeschäftes und zwar können sie sowohl in ihrem Eintritt als in ihrer Wiederaufhebung bedingt sein. Im ersteren Fall spricht man von **aufschiebender**, im letzteren Fall von **auflösender** Bedingung. Welche der beiden Rechtsformen in der Absicht der Parteien liegt, ist manchmal schwer zu entscheiden. Im gemeinen Recht behauptete man vielfach in Anlehnung an die römischen Quellen eine Vermutung für die auflösende Bedingung, da sie die stärkere sei, während man für das BGB. gerade die entgegengesetzte Meinung vertreten hat mit der Begründung, daß der Verkehr allgemein der Schaffung widerruflicher Rechte abgeneigt sei. [4.] Dafür gibt aber das Gesetz keine Stütze; denn in einzelnen Fällen unterstellt es die aufschiebende, z. B. §§ 455, 495, Abs. I, Satz 2 BGB. in anderen die auflösende Bedingung, z. B. § 2075

Schon die Römer kannten das Rechtsinstitut der auflösenden Bedingung, von ihnen conventio genannt im Gegensatz zur aufschiebenden Bedingung condicio. Sie entwickelten sie zuerst im Erbrecht und dehnten sie dann später auf einige Rechtsgeschäfte unter Lebenden aus. Auch das deutsche Recht ließ die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung bei einzelnen Geschäften zu, vor allem bei Landschenkungen. Im gemeinen Recht wurde die Lehre weiter ausgebaut, wobei sie zu den erbittertsten Kämpfen Anlaß gegeben hat, und auch in das BGB. ist die Lehre von der Endbedingung trotz aller Widersprüche, wenn auch im Vergleich zum gemeinen Recht in sehr vereinfachter Form, aufgenommen worden.

§ 2: Der Begriff der auflösenden Bedingung im gemeinen Recht.

Im gemeinen Recht wird das resolutiv bedingte Geschäft folgendermaßen charakterisiert: **„Ein während der Schwebe purum negotium wird durch den Eintritt der Bedingung vernichtet und zwar so, daß es so angesehen wird, als ob das Geschäft niemals eingegangen wäre.“** [5.] Diese Auffassung finden wir mit Ausnahme von Karlowa [6.], der nur von einer Beendigung des Rechtsverhältnisses wissen will, aber mit dieser Ansicht keine Anhänger gefunden hat, bei allen Schriftstellern einheitlich, während man über die juristische Konstruktion der Bedingung geteilter Meinung ist. Die verschiedenen Ansichten lassen sich auf zwei Grundgedanken reduzieren, von denen dann die einzelnen Vertreter mehr oder weniger abweichen.

Die erste der Ansichten behandelt die Resolutivbedingung analog der Suspensivbedingung, indem sie die auflösende Bedingung

4. Endemann, I, § 76,2 und Anm. 18.
5. Czyhlarz, Zur Lehre von den Resolutivbedingungen, S. 25.
6. Karlowa, S. 96.

in gleicher Weise wie die aufschiebende als integrierenden Bestandteil einer Willenserklärung auffaßt. Aber auch innerhalb dieser gemeinsamen Grundansicht tritt wieder eine Spaltung ein. Die Einheit von Willenserklärung und Resolutivbedingung wird von einer Gruppe so gedacht, daß die Willenserklärung, indem sie das Wollen ausspreche, zugleich das Gewollthaben wieder in Frage stelle.

Nach Unger [7.] stellt die Resolutivbedingung nur eine **Modifikation des auf Abschluß des Geschäftes gerichteten Willens** dar. Durch die Bedingung werde der Wille und damit das Rechtsgeschäft von einem bestimmten Umstande abhängig gemacht und zwar entweder das Dasein oder das Nichtdasein des das Rechtsgeschäft erzeugenden und tragenden Willens. Im ersten Falle hänge das Wollen, d. i. die Entstehung des Rechtsgeschäftes, im zweiten Falle der Bestand des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes von dem Eintritt der Bedingung ab. Im ersten Falle sei demnach die Existenz, im zweiten Falle die Nichtexistenz „in suspenso“. Das erstere nennt Unger Suspensivbedingung, das letztere Resolutivbedingung. Derjenige, der ein resolutiv bedingtes Geschäft abschließe, erkläre: „Ich will, z. B. Eigentum übertragen haben, wenn nicht ein gewisser Umstand wirklich werden sollte“; er sage damit zugleich: „Ich will nicht, wenn dieser Umstand eintritt“. Danach sei der Begründungswille nur für einen gewissen Fall des Nichteintritts des Umstandes vorhanden, für den Fall des Eintritts sei ja nicht gewollt. Daher sei auch das resolutiv bedingte Geschäft bis zur Entscheidung der Bedingung in der Schwebe ebenso wie das suspensiv bedingte. Der Unterschied bestehe nur darin, daß bei ersterem die Existenz wahrscheinlicher sei als bei letzterem. Auf diese Weise muß Unger konsequent die allgemein zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung in den Quellen anerkannten Unterschiede verwischen und, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag, zur Anerkennung einer Gleichartigkeit beider kommen. Aber man muß in Ungers Ansicht nicht nur eine **Gleichartigkeit**, sondern sogar eine völlige **Gleichheit**, eine Identität verzeichnen, ein Schluß, der sich zwar mit den Quellen nicht verträgt, den aber einzelne Verteidiger [8.] dieser Lehre der Theorie zuliebe gezogen und konsequent durchgeführt, andere Schriftsteller, vor allem Gegner [9.] dieser Theorie scharf mit ähnlichen wie unten angegebenen Gründen bekämpft haben.

Wenn durch jede Resolutivbedingung die **Nichtexistenz** eines Willens in Frage gestellt wird, so doch gewiß auch die **Existenz.** Umgekehrt verhält es sich bei der Suspensivbedingung: hier wird mit der Existenz zugleich die Nichtexistenz angezweifelt. Also wird durch beide Arten der Bedingung zugleich und gleichmäßig Existenz

7. Unger, System des österreichischen Privatrechts, Bd. II, S. 65 f, § 82, Note 30, 30a.

8. Salkowski, Zur Lehre von der Novation, S. 442 f.

9. Czyhlarz, S. 25, 26;
Schulin, Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine, S. 55.

und Nichtexistenz in Frage gestellt: Resolutiv- und Suspensivbedingung sind also identisch.

Durch die Resolutivbedingung wird das Geschäft so vernichtet, als habe es nie bestanden, mit dem Bestand, d. i. das **dauernde** Vorhandensein, wird also auch die Existenz, d. i. des Vorhandensein des Rechtsgeschäftes in einem **beliebigen Zeitpunkt**, vernichtet. Die Existenz des Geschäfts ist also von der Resolutivbedingung abhängig ebenso wie von der Suspensivbedingung: sind identisch.

Daß eine solche Identität von Resolutiv- und Suspensivbedingung weder im Sinne der römischen Quellen noch auch des gemeinen Rechts liegen kann, daß also Ungers Ansicht falsch sein muß, ergibt sich aus einem Vergleich der von ihm aus seiner Theorie gezogenen Schlußfolgerungen mit dem seinerzeit geltenden Recht. Ungers Lehre gipfelt in dem Satz, daß auch das resolutiv bedingte Geschäft bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe sei. Die Quellen und das geltende Recht vertreten aber gerade den umgekehrten Satz immer mit der gleichen Bestimmtheit und Schärfe: Das resolutiv bedingte Geschäft ist pendente condicione ein negotium purum und äußert allen Einfluß eines solchen, es wird nur mit Eintritt der Bedingung aufgehoben.

Windscheid [10.]), der auch eine zeitlang die Auffassung der Inhärenz der Resolutivbedingung vertreten hat, geht den zweiten hier möglichen Weg. Nach seiner Ansicht wird der rechtserzeugende Wille so modifiziert, daß er das Rechtsverhältnis nur in einem solchen Zustande hervorbringen kann, daß es einem bestimmten Umstande gegenüber nicht standzuhalten vermag und zwar in dem Sinne, daß es bei Eintritt dieses Umstandes so angesehen werde, als habe es nie bestanden.

Auch dieser Theorie Windscheids muß der gleiche Vorwurf gemacht werden wie Unger, nämlich der, daß hier Resolutiv- und Suspensivbedingung völlig gleichgestellt werden. Nach Windscheids Definition ist die Resolutivbedingung eine Modifikation des rechtserzeugenden Willens dahingehend, daß die gewollte rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts von einem bestimmten Umstand abhängig gemacht wird, ebenso wie bei der Suspensivbedingung, die als eine derartige Qualifizierung angesehen wird, daß die gewollten rechtlichen Wirkungen nur eintreten bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes: Resolutiv- und Suspensivbedingung sind identisch.

Resolutiv- und Suspensivbedingung, die zweite der beiden Grundtheorien nimmt den gerade entgegengesetzten Gedanken zum Ausgangspunkt; sie geht nicht von der Inhärenz der Resolutivbedingung in der Willenserklärung aus, sondern unterscheidet Begründungs- und Auf-

10 Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 24, Pandekten, § 86, Note 6 bis zur 4. Aufl.

hebungswillen. Sie faßt die beiden Elemente nicht als Einheit zusammen, sondern läßt sie als Elemente bestehen, wenn sie sie auch in engste Verbindung miteinander bringt. Das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft zerfällt somit in ein unbedingtes Hauptgeschäft (negotium purum) und ein die Auflösung bezweckendes bedingtes Nebengeschäft und zwar, weil nur das Nebengeschäft in der Schwebe gehalten wird, suspensiv bedingtes Nebengeschäft (quod resolvitur sub condicione). [11.] Das Hauptgeschäft, daß den Begründungswillen enthält, ist notwendige Voraussetzung des Nebengeschäfts, in dem der Auflösungswille seinen Ausdruck findet, zwischen beiden besteht daher ein notwendiger Zusammenhang. Wie lose oder eng diese Verknüpfung ist, ist streitig. Schulin [12.] zerlegt dieses aus Haupt- und Nebengeschäft zu einem einheitlichen Ganzen verbundene Rechtsgeschäft in seine beiden Bestandteile, betrachtet jeden Teil für sich und zieht aus dem gewonnenen Resultat Schlüsse auf das einheitliche Rechtsgeschäft. Czyhlarz [13)] erblickt in dem unter Resolutivbedingung abgeschlossenen Geschäft zwei **Willenserklärungen**, zwei Willensakte, von denen der eine, der Aufhebungswille, neben dem anderen, dem Geschäftsbegründungswillen, hergehe, während das Geschäft eine durch innere Bindung geschaffene Einheit darstelle.

Auch über die juristische Konstruktion dieses suspensiv bedingten Nebengeschäfts finden wir wiederum verschiedene Ansichten.

Interessant ist die Erklärung die Czyhlarz [14.] gibt. Er geht von dem Gedanken aus, daß nur **das** Aufhebungsgrund für ein Rechtsgeschäft sein könne, was vom objektivem Recht als solcher anerkannt sei, nicht aber, wie er es in der Inhärenztheorie in Windscheids Fassung findet, der Privatwille Ein solches vom objektiven Recht anerkanntes Aufhebungsgeschäft, das der Resolutivbedingung entspreche, sei der contrarius consensus; denn er habe wie kein anderes Aufhebungsgeschäft die Wirkung, das Geschäft zunichte zu machen, als habe es nie bestanden. Der Kontraktschluß habe juristisch gar keine Bedeutung mehr weder für die Zukunft, noch für die Vergangenheit: dem contrarius consensus sei demnach die Rückwirkung immanent, eine Frage, die ich im zweiten Teil

11. Ebenso v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, S. 110;
Czyhlarz, S. 25;
Ihering, Jahrb., Bd. 10, S. 544;
Koeppen, daselbst, S. 190;
Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen, S. 35;
Schulin, S. 37;
Karlowa, S. 94.
12. Schulin S. 58 und 64.
13. Czyhlarz, S. 30 und 31.
14. Czyhlarz, S. 30ff.

meiner Arbeit ausführlich erörtern werde. Außerdem sei der contrarius consensus das einzige Auflösungsgeschäft, das so formlos geschaffen wie die Bedingung beigefügt werden könne. Die Resolutivbedingung sei also ein contrarius consensus. Dieser könne und werde meist als selbständiges Geschäft nach Eingehung des Hauptgeschäftes geschlossen, er könne aber auch sofort beim Abschlusse eines Geschäftes hinzugefügt werden, dann allerdings nur bedingt, da der unbedingte Auflösungswille den Geschäftsbegründungswillen aufheben würde. **Dieser beim Abschluß des Hauptgeschäftes hinzugefügte contrarius consensus sei die Resolutivbedingung.**

Zwar sei beim contrarius consensus, der sich als Rücktritt beider Parteien darstelle, für den Fall, daß eine Partei geleistet habe, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes neben dem Eintritt der Bedingung noch der Restitutionswille der Partei, an die geleistet worden sei, also mehr, als bei der Resolutivbedingung erforderlich, — ob man Rückfall ipso iure und dinglich oder nur obligatorische Verpflichtung zur Rückerstattung annehmen will, ist hier gleichgültig — aber die Frage löse sich hier sehr schnell durch eine Eigenschaft des contrarius consensus selbst. Dieser trete hier, wie oben klargelegt, im Anschluß an ein Hauptgeschäft auf, d. h. es handele sich um einen contrarius consensus in Form eines **pactum adiectum.** Daher könne mit der Kontraktsklage auf der im pactum adiectum enthaltenen contrarius consensus geklagt werden.

Hier könnte man einwenden, daß mit Eintritt der Bedingung durch den contrarius consensus das Hauptgeschäft vernichtet sei. Tatsächlich war diese Frage auch im römischen Recht streitig, bis sie durch ein Edikt der Kaiser Severus und Antonius geklärt wurde. Danach ist eine solche Klage zulässig, da in Wirklichkeit nicht aus einem nichtigen Kontrakt geklagt werde, sondern, weil die Auflösung die Folge eines pactum adiectum sei, aus der die Auflösung betreffenden Nebenverabredung des gültigen Hauptgeschäftes. „Durch die ursprüngliche Gültigkeit des Kontrakts wird die erwähnte Nebenverabredung getragen und kann infolgedessen wie ein integrierender Vertragsbestandteil mit der Kontraktsklage durchgeführt werden". [15.)]

Czyhlarz kann für seine Auffassung der Resolutivbedingung als contrarius consensus keine Quellenstelle angeben, sondern nur aus den für den contrarius consensus gebräuchlichen Ausdrücken auf die Richtigkeit seiner Darstellung Schlüsse ziehen. [16.)] Als Stütze seiner Auffassung führt er die auffallende Stellung der Resolutivbedingung in den Quellen an, nämlich innerhalb der Konsensualkontrakte, auf die ja auch der contrarius consensus beschränkt

15. Czyhlarz S. 41.
16. L 2-14 L 4 § 5 D in diem (18,2);
L 2 § 3 D pro emt. (41,4);

war. Die Resolutivbedingung werde im Anschluß an den Kauf bei den bei diesem Geschäft allgemein gebräuchlichen pacta adiecta: in diem addictio, lex commissoria und pactum displicentiae behandelt, die von anderen Juristen sogar als Resolutivbedingung bezeichnet würden. 17)

So und in ähnlicher Weise wird die Lehre von der Resolutivbedingung als suspensiv bedingtes pactum adiectum von den verschiedenen Schriftstellern mit gewissen, hier nicht interessierenden Abweichungen dargestellt. Ein entschiedener Gegner von Czyhlarz ist Karlowa, 15.) der es durchaus verwerflich findet, die Resolutivbedingung als einen im Anschluß an den Kontrakt in continenti gesetzten contrarius consensus zu betrachten. Seine Angriffe gegen diese Lehre erklären sich aus seiner Auffassung von der Resolutivbedingung. Nach seiner Ansicht bezweckt nämlich die in das Nebengeschäft gekleidete auflösende Bedingung nicht die Vernichtung der Existenz des bedingten Geschäfts, d. h., daß es so angesehen werden soll, als habe das Rechtsgeschäft nie bestanden, sondern nur die Wiederaufhebung der Wirkungen für die Zukunft; denn das Rechtsgeschäft entstehe sofort unbedingt und könne deshalb als solches auch nicht vernichtet werden, nur seine Wirkungen würden betroffen. Da Karlowa hier eine Meinung vertritt, die kaum einen Anhänger gefunden hat, gehe ich nicht weiter auf sie ein. Mir scheint, als ob seine Ansicht von der Rückwirkung ihn zu einem Rückschluß auf Inhalt und Begriff der Resolutivbedingung verleitet und er rückwärts seinen Bedingungsbegriff gebildet hat.

Eine zwischen den beiden Grundtheorien: Inhärenz der Resolutivbedingung — zur Einheit verbundenes Haupt- und Nebengeschäft vermittelnde Ansicht vertritt v. Scheurl. 19.) Er geht von der letzteren Ansicht aus und betrachtet die Resolutivbedingung „nicht als Bedingung der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung eines auf Wiederauflösung dieses Rechtsgeschäfts gerichteten Willens“. Aber Scheurl behauptet im Gegensatz zu den vorgenannten Schriftstellern, nicht die **Auflösung** des Geschäftes sondern der **Bestand** desselben sei bedingt. Er spricht nicht vom Auflösungswillen, sondern von dem neben dem Geschäftsbegründungswillen stehenden **Bestandwillen.** Zwar gesteht er selbst, daß die angeführten Ansichten Betrachtungsweisen von zwei Seiten seien, hält aber seine eigene Ansicht aus dem Grunde für richtiger, weil man immer

---

17. L 6 § 1 D de contr. emt. (18,1);
L 1 L 2 L 4 pr. L 5 L 8 D de lege comm. (18,3);
L 2 § 3 D pro emt. (41,4);
L 1 L 2 L 3 C de pactis inter emt. (4,54).
18. Karlowa. S. 96.
19. v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, S. 110.

das betrachten solle, was beschränkt werde, und das sei in diesem Falle der Bestand. Dadurch, daß Scheurl die Resolutivbedingung als Bedingung des Bestandes im Gegensatz zur Suspensivbedingung als Bedingung des Wirksamwerdens bezeichnet, verwischt er den Unterschied zwischen beiden Arten der Bedingung, es ergibt sich für ihn, nicht wie für letztere Ansicht ein Unterschied des Wesens und der Wirkung, sondern nur ein **Unterschied des dadurch bedingten Gegenstandes.** Damit greift Scheurl die erste Ansicht von der Wesensgleichheit der Suspensiv- und Resolutivbedingung auf.

Aber es ist juristisch unmöglich, neben den Geschäftsbegründungswillen einen besonderen **Bestandwillen** zu setzen. Das einmal zur Entstehung gebrachte Rechtsverhältnis besteht aus eigener Kraft so lange, bis ein rechtlich anerkannter **Endigungsgrund** eintritt, sei es kraft Gesetzes oder auf Grund des Parteiwillens.[20.)]

§ 3: Begriff der auflösenden Bedingung im BGB.

Das BGB. setzt in den Paragraphen, in denen es die Bedingung behandelt, §§ 158 bis 162, den **Bedingungsbegriff** als von der Wissenschaft gegeben und allgemein bekannt voraus und verzichtet daher auf eine Definition. Diese ist nach heutigem Recht einheitlich folgendermaßen zu geben: **Auflösende Bedingung nennen wir die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch die die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht wird.**[21.)] Der Kampf um die **Konstruktion** des Bedingungsbegriffes aber dauert auch nach Schaffung des BGB. fort, im Anfang sogar mit unverminderter Heftigkeit. Wieder stehen sich die zwei Grundtheorien gegenüber. Anhänger der Inhärenztheorie, nach der die bei der Geschäftserrichtung beigefügte auflösende Bedingung mit dem übrigen Tatbestand des Rechtsgeschäfts eine rechtliche Einheit bildet, sind Staudinger[22)], Endemann[23.)], während Dernburg[24.)], Windscheid[25.)] das resolutiv bedingte Geschäft in ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein suspensiv bedingtes Nebengeschäft zerlegen. Für das gemeine Recht ist letztere Ansicht gewiß die richtige; denn sie allein läßt sich mit den römischen Quellen vereinbaren. Zunächst spricht für sie die Tatsache, daß die Römer für beide Arten der Bedingung grundverschiedene Namen gebrauchen, für die aufschiebende Bedingung condicio, für die auflösende conventio, daß sie sie sogar als einander ausschließend gegenüberstellen.[26.)] Ferner wird nur der

20. Ebenso Czyhlarz, S. 27 ff.
21. Nach Enneccerus, I, § 181.
22. Staudinger, Allgemein. Teil, § 158.
23. Endemann, Allgemein. Teil, § 76, Anm. 6.
24. Dernburg, Pandekten.
25. Windscheid, Bd. I, § 86, Anm. 6.
26. L 2, § 3 D. de usurpatione et usucapione.

aufschiebend bedingte Kauf als emtio condicionalis, der auflösend bedingte dagegen als emtio pura, quae sub condicione resolvitur [27] bezeichnet. Die Schöpfer des BGB. dagegen sind Anhänger der Inhärenztheorie. Der erste Entwurf des BGB. enthält einen § 139 mit folgendem Wortlaut: „Ist einem Rechtsgeschäft eine unverständliche oder widersinnige Bedingung beigefügt, so ist dasselbe nichtig". Diese Bestimmung soll für aufschiebend und auflösend bedingte Geschäfte gelten, kann es aber nur dann, wenn man die Inhärenztheorie zugrunde legt. Im anderen Falle wäre nur das suspensiv bedingte Nebengeschäft, nicht das unbedingte Hauptgeschäft nichtig. Auch die Beweislastfrage, die im gemeinen Recht zu heftigen Auseinandersetzungen Anlaß gegeben hat und auch im BGB. noch nicht geklärt ist, uns aber im Rahmen dieser Arbeit weiter nicht interessiert, wird im § 196 E. I. für aufschiebende und auflösende Bedingung gleich beantwortet, was wiederum nur auf dem Boden der Inhärenztheorie möglich ist. Zwar sind diese Bestimmungen nicht in das BGB. übernommen worden, aber nicht der anderen Theorie zuliebe, sondern weil es nicht erforderlich sei, „die im § 139 ausgesprochene Rechtsfolge im Gesetze ausdrücklich hervorzuheben. Sie ergebe sich und zwar **auch für die auflösende Bedingung** aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes, **bei welchem die Bedingung mit dem Rechtsgeschäft untrennbar verbunden sei,** sie lassen sich ebenso aus § 114 (dem jetzigen § 139) ableiten". [28] Der § 196 E. I. ist, wie alle Paragraphen, die die Beweislast regeln sollten, gestrichen, „da es sich nicht empfehle, in den noch unausgetragenen Streit über die Beweislastverteilung bei der Resolutivbedingung durch eine gesetzliche Bestimmung einzugreifen." [29]

Gegen diese jetzt von den Schöpfern des BGB. und, wie oben gezeigt, auch von einigen Schriftstellern des gemeinen Rechts für dieses vertretene Theorie, hat man schon damals einen Vorwurf erhoben, der auf den ersten Blick auch die heutige Theorie zu vernichten droht. Es wird nämlich gesagt: Wenn man die Resolutivbedingung, die doch die eventuelle Aufhebung des Geschäfts bezweckt, in den auf Abschluß des Geschäfts gerichteten Willen aufnimmt, so ist in dem Geschäfts**begründungs**willen zugleich ein Geschäfts**aufhebungs**wille enthalten. Diese beiden können aber nicht nebeneinander bestehen, sie heben sich als Positive und Negative auf, sodaß ein rechtliches Nichts, nicht aber das bedingte Geschäft mit seinen gewiß ansehnlichen Folgen entstehen könnte. Aber stimmt dieses Rechenexempel? Steht wirklich dem Begründungswillen ein gleichwertiger Auflösungswille gegenüber? Wenn der A dem B Wirtschaftsinventar verkauft und überträgt, beide aber abmachen, das alles solle null und nichtig sein für den

27. L 2, pr. D. de in diem addictione (18,2).
28. Prot., Allgem. Teil, S. 764.
29. Prot., Allgem. Teil, S. 816.

Fall, daß B die Konzession nicht innerhalb dreier Monate erhalte, dann erklären doch beide: Wir wollen, daß Eigentum übergehen soll, ohne Einschränkung zunächst bis zum Eintritt der Bedingung, dann sind wir sowohl mit dem Weiterbestehen bei Ausfall der Bedingung als mit der Wiederauflösung des Geschäfts bei Erfüllung der Bedingung einverstanden. Man kann also drei Willensakte unterscheiden:

1. Wir wollen, daß Eigentum übergeht — **Geschäftsbegründungswille.**
2. Wir sind mit dem Bestand des Geschäfts nach Ausfall der Bedingung einverstanden — **Bestandwille** (nicht im Sinne von Scheurl zu verstehen).
3. Wir sind mit der Auflösung des Geschäfts nach Erfüllung der Bedingung einverstanden — **Auflösungswille.**

In mathematische Werte umgedeutet, würden sich Begründungs- und Bestandwille als positiv, der Auflösungswille als negativ erweisen, und da Bestandwille und Auflösungswille sich als gleichwertig gegenüberstehen, würden nur sie sich aufheben, während der Begründungswille unangetastet bleibt. Tut er das nicht auch in Wirklichkeit? Ich schließe das betreffende Rechtsgeschäft, d. h. ich bekunde meinen Begründungswillen und zwar unter einer Resolutivbedingung, d. h. ich mache die Beendigung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts von einem bestimmten Ereignis abhängig, erkläre mein Einverständnis sowohl mit Bestand als mit Auflösung des Geschäfts je nach Ausfall der Bedingung. Es bleibt das abgeschlossene Geschäft mit all seinen Wirkungen von dem ungewissen Ereignis, von dem Bestand bzw. der Auflösung des Geschäfts abhängig, ohne daß mein Wille irgendwelchen Einfluß ausüben kann: Bestand- und Auflösungswille haben einander aufgehoben.

Um nun einerseits die erste in den Quellen begründete Absicht vom suspensiv bedingten Nebengeschäft nicht aufgeben zu müssen, um andererseits aber sich mit dem BGB. nicht in Widerspruch zu setzen, hat man eine Annäherung an die Inhärenztheorie versucht. [30.] Man hält zwar an dem Vorhandensein des suspensiv bedingten Nebengeschäftes fest, sieht aber „das Verhältnis der beiden Willenserklärungen zueinander nicht als das zweier trennbarer, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte" [31.] an, sondern behauptet eine so enge Verbindung von Haupt- und Nebengeschäft, daß beide miteinander eine Einheit bilden, eine Ansicht, die auch Czyhlarz vertreten hat. Damit entgeht man der ursprünglich dieser Theorie in ihrer krassen Form gemachten Vorwürfe. Sie steht im

30. Enneccerus, I, § 181, Anm. 7.
31. Motive, I, S. 251.

Einklang mit dem § 139 E. I, weil in einem solchen Falle auf Grund des § 139 BGB. auch das Hauptgeschäft nichtig sein müßte, da man annehmen kann, daß die Parteien das Hauptgeschäft nicht ohne das Nebengeschäft vorgenommen haben würden.

Nur eines läßt sich m. E. mit der Inhärenztheorie leichter vereinbaren als mit der Theorie vom suspensiv bedingten Nebenvertrag, nämlich die ipso - iure - Wirkung der erfüllten Bedingung, die ich hier nur kurz streifen und erst im zweiten Teil meiner Arbeit gründlich besprechen werde. Mit Eintritt der auflösenden Bedingung wird A wieder Eigentümer des Mobiliars, ohne daß es, wie sonst immer bei Eigentumsübergang eines Uebertragungsaktes seitens der Parteien bedarf, ja, daß der Rückfall sich sogar gegen den Willen der Parteien vollzieht (§ 158, Abs. 2, BGB.). Vom Standpunkt der Inhärenztheorie erklärt sich diese Eigenart der Bedingung aus der Tatsache, daß nicht volles unbedingtes, sondern zeitlich begrenztes Eigentum mit Vertragsschluß übergeht, das, wenn es seine Zeit, nämlich bis zum Eintritt der Bedingung für den B bestanden hat, ohne weiteres an A zurückfällt. Nach der Theorie vom suspensiv bedingten Nebenvertrag aber geht volles unbedingtes Eigentum an B über, nach allgemeinen Grundsätzen wäre jetzt zur Rückübertragung ein Uebertragungsakt erforderlich. Hier kann man sich eben nur mit dem Ausweg helfen, daß der Gesetzgeber diesen ipso - iure - Rückfall angeordnet habe, aber eine Erklärung ist das nicht.

Da aber beide Theorien, die Inhärenztheorie und die Theorie vom suspensiv bedingten Nebengeschäft in ihrer gemäßigten Form zum gleichen Ergebnis führen, hat dieser Streit der Meinungen an Bedeutung verloren. M. E. kommt es überhaupt auf einen Kampf der Worte hinaus, inhaltlich besteht kein Unterschied. Es ist doch gleich, ob ich den Auflösungswillen, der zugestandenermaßen bei beiden Auffassungen vorhanden ist, schlicht als Willensakt bezeichne oder ihn zu einem allerdings vollkommen unselbständigen mit dem Hauptgeschäft zur Einheit verbundenen Nebengeschäft erhebe, beides bedeutet eine Qualifikation des rechtserzeugenden Willens.

Hauptteil.

Die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung.

§ 4: Was heißt **dingliche Wirkung?**

Der Ausdruck „dinglich“ weist seiner Wortbildung nach in das Rechtsgebiet, das sich mit dem „Ding“, dem Gegenstande beschäftigt, nämlich in das Sachenrecht. Deshalb definieren wir das **dingliche Recht** als das **„Recht der unmittelbaren Herrschaft“.** [32]. Herrschaft bedeutet Verfügungs- und Nutznießungsrecht. Unmittelbar ist hier nicht im Sinne von „direkt“, nicht räumlich oder quantitativ zu verstehen, etwa als Recht des Mieters oder Entleihers an der gemieteten bzw. entliehenen Sache, sondern qualitativ, nämlich als allwirksam, absolut, d. h. nicht wie bei Schuldrechten nur innerhalb der Parteien wirksam, die den betr. Vertrag geschlossen haben, sondern wirksam gegen jedermann, der sich mit diesem Recht in Widerspruch gesetzt hat oder im Begriffe ist, es zu tun. Das dingliche Recht ist also ein allwirksames, absolutes Recht, aber nicht schlechtweg **das** absolute Recht, nicht das einzige absolute Recht (es gibt z. B. auch allwirksame Familienrechte), sondern nur eine Unterart der absoluten Rechte: **das allwirksame Sachenrecht.**

Diese Begrenzung des dinglichen Rechts auf das Gebiet des Sachenrechts hat man erst nach Schaffung des BGB. vorgenommen. Im gemeinen Recht wurden die Begriffe „dinglich“ und „absolut“ als vollkommen gleichwertige nebeneinander gebraucht im Anschluß an das römische Recht, das z. B. die actio in rem, die dingliche Klage, nicht nur für Klagen aus dem dinglichen Recht sondern auch aus anderen absoluten Rechten (Familienrechten, Personenstandsrechten) zuließ. Aus dieser Auffassung erklärt sich auch der Gebrauch des Begriffes „dinglich“ bei der Bestimmung der Wirkungen der Bedingung. Und zwar erweitert man seinen Inhalt hier noch über den gemeinrechtlichen Standpunkt hinausgehend dahin, daß man mit dinglicher Wirkung ein dreifaches bezeichnet:

1. **Die Allwirksamkeit**, seinen ursprünglichen Inhalt,
2. **Die Wirkung ipso iure,** d. h. der früher vor Abschluß des bedingten Geschäftes bestehende Rechtszustand tritt mit Eintritt der Bedingung wieder ein, ohne daß es einer Mitwirkung der Parteien bedarf,
3. **Die Rückwirkung,** d. i. die Tatsache bzw. eine Fiktion des Inhalts, daß nach Eintritt der Bedingung das Geschäft als niemals abgeschlossen angesehen wird.

32. F. Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 100.

Die Frage nach Vorhandensein, Sinn, Zweck, theoretischer wie praktischer Erfassung dieser dinglichen Wirkung hat von jeher zu lebhaften Meinungsverschiedenheiten geführt und zu den verschiedenen Zeiten in all ihren Punkten die verschiedenste Beantwortung erfahren. Bei ihrer Anwendung ergibt sich, daß sich die dingliche Wirkung im engeren Sinne, die Allwirksamkeit, sowohl auf die schwebende, als auch auf die erfüllte bzw. ausgefallene Bedingung bezieht, während ipso - iure - Wirkung und Rückwirkung nur nach Bedingungseintritt bzw. Ausfall in Frage kommen.

I. Kapitel.

Die dingliche Wirkung während des Schwebens der Bedingung.

§ 5: Die gemeinrechtliche Lehre.

Dadurch, daß die im Grundgeschäft als gewollt bezeichneten Folgen erst mit Eintritt der Bedingung wirksam werden, entsteht zwischen Geschäftsabschluß und Bedingungseintritt ein Zustand der Ungewißheit, der Schwebe. Diese Pendenz eines Rechtes kann in zweierlei Form gedacht werden, und zwar so, daß man vom absoluten Dasein bzw. Nichtdasein oder von der gleichmäßigen Ungewißheit über Dasein und Nichtdasein des im zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ausgesprochenen Zustandes ausgeht. Im ersteren Fall hat dann der Eintritt der Bedingung, wenn das Dasein des Rechtes vorausgesetzt wird, garkeinen ändernden Einfluß mehr auf das Geschäft, während die Folge des Ausfalls der Bedingung eine Wiederauflösung sein müßte. Diese ist aber nur für die Zukunft denkbar, für die Vergangenheit kann, da etwas Geschehenes nicht ungeschehen zu machen ist, nur mit einer Fiktion geholfen werden, indem man das bisher als vorhanden Angenommene und all seine Wirkungen und Folgen als nie vorhanden gewesen ansieht. Das genau Umgekehrte ergibt sich, wenn man das Nichtdasein des bedingten Rechts als Ausgangspunkt annimmt. Geht man dagegen von der gleichmäßigen Ungewißheit des Rechtes aus, so ist die Konstruktion weit einfacher, da es sich hier, wie Enneccerus sich ausdrückt, nur um eine provisorische Regelung handelt, es also der Fiktion nicht bedarf, da die Bedingung nur deklaratorische Bedeutung hat. Beim Ausfall der Bedingung zeigt sich, daß nie ein Recht entstanden war, beim Eintritt dagegen, daß es vom Abschluß des bedingten Geschäftes an vorhanden und wirksam war.

Welcher von beiden Wegen der richtigere ist, ob überhaupt einem der Vorzug zu geben ist, ob sie nicht, da sie beide zum gleichen Ziele führen, Anschauungsweisen von zwei Seiten sind, darüber hat man im gemeinen Recht lange gestritten; denn die Quellen weisen beide Wege. Enneccerus [33.)] führt eine ganze Reihe Quellenstellen an, zunächst einige, die sich solcher Ausdrücke bedienen, die auf die Anwendung der Fiktion schließen lassen und zwar sowohl

33. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, § 39, S. 339, 340.

bei erfüllter, als auch bei schwebender Bedingung. L 11 § 1 i. f. D qui pot (20,4) Gaius l. sing. ad form. hypoth.:

Quum enim semel condicio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, **sine condicione facta esset;** quod et melius est.

L 42 pr. D. de O et A (44, 7):

.... eum, qui stipulatus sub condicione, placet etiam **pendente condicione creditorem esse.**

Aber ebensogut lassen sich Quellenstellen für die andere Behandlung der Pendenz anführen, nämlich die, daß vorläufig Bestehen oder Nichtbestehen des bedingten Rechts noch ungewiß sind und erst der Bedingungseintritt bzw. Ausfall Klarheit darüber gibt, ob das Recht besteht oder nicht.

Für die schwebende Bedingung führe ich als Beispiel an:

L 13 § 5 D. de pign. (20,1):

Ante condicionem non recte agi, **quum nihil interim debeatur.**

Für die erfüllte Bedingung:

L 16 D. de solut. (46,3) Pomp. L 15 Sabinum:

Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente **intellegitur, iam olim liberatus.**

Auch bei Scheurl [34.)] finden sich einzelne Beispiele in dieser Richtung: In der Gegenüberstellung von befristeter und bedingter Obligation und befristetem und bedingtem Vermächtnis wird dem bedingten Geschäft die Art von Dasein, die dem befristeten zuerkannt wird, rundweg abgesprochen. Noch schlagender und gerade für den Gesichtspunkt unserer Fragestellung wichtig ist ein zweites Beispiel. Gedacht ist an die resolutiv bedingte Eigentumsübertragung schenkungshalber oder auf Grund Kaufs. Hier kann der Verkäufer das ihm bei Abschluß der Schenkung bzw. des Kaufs durch die Resolutivbedingung zugesagte Eigentumsrecht erst nach Erfüllung dieser Bedingung geltend machen — ob als bloßes Rückforderungsrecht oder als rei vindicatio, ist später zu untersuchen. Während der Schwebezeit ist aber der Erwerber Eigentümer, ihm steht auch während der Schwebe die rei vindicatio zu, eine Tatsache, die sich mit dem Dasein, wenn auch ungewissen Dasein des bedingten Rechts, des Eigentums, während der Schwebe nicht vertragen würde [35.)].

Diese widerspruchsvolle Behandlung der Frage in den genannten Quellenstellen erklärt sich daraus, daß die Fiktion die Einfachheit der Ausdrucksweise, die entgegengesetzte Ansicht, die Enneccerus als Pendenz der Rechte mit provisorischer Regelung bezeich-

34. Scheurl, S. 127.
35. L 4 § 3 D. de diem add. (18,2).
L 41 pr. D. de R. V. (6,1).
L 29 D. de mortis c. don. (39,6).

net, die Einfachheit der Theorie, der Konstruktion, für sich hat. Der zweite Grund ist der, daß beide Wege zum gleichen praktischen Ergebnis führen, nämlich zum Ausfall jeder Wirkung bzw. zum Eintritt aller im Grundgeschäft verabredeten Folgen, ob ich mir rückwärts alles zunichte gemacht denke oder erst jetzt einsehe, daß eine Wirkung vom Geschäftsabschluß an bestand.

Diese letzte Frage und die an sie sich knüpfenden Meinungsverschiedenheiten im Bereiche des gemeinen Rechts und die Stellungnahme des BGB. zu dieser Frage weisen hinüber auf die letzte der dinglichen Wirkungen, auf die Rückwirkung, und sind daher erst in diesem Teil zu behandeln, vor allem auch deshalb, weil die verschiedenen auf Grund der oben gegebenen Möglichkeiten entwickelten Theorien ihre Begründung und Rechtfertigung aus der Lehre der Rückwirkung entnehmen.

Im engsten Zusammenhang mit dieser Frage nach dem **Wesen** steht eine zweite nach dem **Inhalt** des Pendenzverhältnisses. Sie ist um so wichtiger, als auch diejenige Ansicht, die vom Nichtdasein des bedingten Geschäftes ausgeht, das bedingte Geschäft nicht als ein rechtliches Nichts betrachtet, sondern ihm eine von der Rechtsordnung zugebilligte gewisse Rechtswirksamkeit zuerkennt, und zwar aus dem Grunde, weil hier ein trotz der hinzugefügten Bedingung entschiedener Wille sich erklärt habe und daher auch rechtswirksam werden müsse, wenn auch in anderer Weise als der unbedingt erklärte. Durch diese Begründung wird das Prinzip der Simultanität auf das bedingte Rechtsgeschäft angewendet, das besagt, daß zugleich mit dem Abschluß des Geschäfts dessen rechtliche Folgen eintreten und wirksam werden. Seine Anwendung ist nach Enneccerus' Ausführungen möglich, ja sogar notwendig, da das bedingte Rechtsgeschäft schon in den zwölf Tafeln erwähnt wird, also bestimmt zur Zeit des strengen Zivilrechts, der Herrschaft dieses Prinzips, vorhanden war. Aber gerade beim bedingten Rechtsgeschäft liegen doch, wie es scheint, Geschäftsabschluß und der Eintritt der rechtlichen Folgen bei Erfüllung der Bedingung zeitlich voneinander getrennt. Um diesen Widerspruch zu beseitigen, um eine Brücke zu schlagen zwischen Geschäftsabschluß und Bedingungseintritt, gibt man schon dem Pendenzverhältnis einen bestimmten Inhalt, stattet es mit gewisser Rechtswirksamkeit aus. Ueber die **Wirkungen** dieses pendenten Rechts war man sich von jeher vollständig im klaren: Unwirksamkeit aller schädigenden Verfügungen, Schadensersatzpflicht, Vererblichkeit, nicht aber über die **Erklärung und Begründung** dieser Wirkungen.

Man hat diese Eigenart des Pendenzverhältnisses zunächst „als bindende Kraft" und aus ihr folgend als Gebundenheit des bedingt Verpflichteten und als ein Anwartschaftsrecht, ein Wartrecht des bedingt Berechtigten bezeichnet. Wogegen sich aber die bindende Kraft richtet, worauf sich die darausfolgende **Gebundenheit** bezieht, ob auf die Person — „Willensgebundenheit" —, ob auf den Gegenstand — „Sachgebundenheit" — oder auf beide — „Per-

sonen — und Sachgebundenheit" — ist wiederum streitig.

Besonders zu Tage tritt und in der Literatur hauptsächlich behandelt wird diese Frage im Rahmen der Wirkungen der erfüllten Bedingung, da diese, auch wenn sie schon vorher vorhanden waren, erst mit Eintritt der Bedingung nach außen erkennbar werden. Angeknüpft wird hier meist an die Tatsache, daß nach Eintritt der Bedingung alle schädigenden Zwischenverfügungen hinfällig werden, eine Wirkung, die allgemein mit dem Ausdruck „Rückwirkung" gekennzeichnet und erklärt wird. Ueber diese dingliche Wirkung der Resolutivbedingung ist weiter unten ausführlich zu reden. Hier benutze ich diese Tatsache, ohne sie erklären zu wollen, nur als Ausgangspunkt für die Besprechung der während schwebender Bedingung durch das bedingte Rechtsgeschäft hervorgerufenen Gebundenheit.

Windscheid [36.] weist darauf hin, daß diese Gebundenheit, die auf Parteiabsicht beruhe, nicht als obligatorische verstanden werden darf, daß vielmehr nicht nur das **Dürfen**, sondern auch das **Können** gehemmt werde. Er prägt dafür den Ausdruck **„Willensgebundenheit"**, bezeichnet sie als **dingliche Gebundenheit.** Gegen diese Bezeichnung und die dahinter steckende Lehre wird in der Literatur [37.] starker Protest erhoben. Man sagt sich nämlich, daß auch bei Abschluß eines unbedingten Vertrages, z. B. eines Kaufvertrages, eine Willensgebundenheit vorliege, daß aber trotzdem der Verkäufer die bereits verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache nochmals gültig verkaufen und tradieren könne. Aus diesem Gedankengange heraus kommt man dazu, die Gebundenheit bei bedingten Geschäften als **Sachgebundenheit** zu bezeichnen, die weitergehen soll als die Willensgebundenheit. Der Gegenstand, über den das bedingte Geschäft abgeschlossen wird, sei es eine Sache oder eine Forderung, werde durch die Bedingung mit einer causa belastet, er werde bei schwebender Bedingung cum causa weiter veräußert, und die aus dem ursprünglichen die causa tragenden Recht z. B. dem Eigentum entspringenden Rechte z. B. Nießbrauch oder Pfandrecht enthielten ebenfalls diese causa, die dann bei Eintritt der Bedingung ihren Untergang bewirke. Dieser Auffassung stellt sich nun aber wieder ein Einwand Windscheids entgegen, daß nämlich diese Erklärung wohl für die eigentliche Bedingung ausreiche, nicht aber für die analog zu behandelnden Fälle der Verleihung von Rechten an künftig zu erwerbenden Sachen. [38.] Angenommen, ich verpfände eine Sache unter der Bedingung, daß ich bis zu einem bestimmten Termin Eigentum an ihr erlange; ich vereitele die Eigentumsübertragung an mich böswillig. Da ich

36. Windscheid, Pandekten, § 89, Anm. 3.
37. Fitting, S. 68, Anm. 103;
Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft S. 114.
38. Windscheid, Pandekten, § 89, Anm. 4, am Schluß.

dadurch die Bedingung zum Ausfall bringe, mache ich mich schadensersatzpflichtig.

In diesem Falle langt wiederum die Sachgebundenheit nicht; denn von einer Bindung einer Sache, die niemals in den Bereich meiner Einwirkungsmöglichkeit gekommen ist, kann doch nicht die Rede sein. M. E. geht die Ansicht Windscheids trotz des vielleicht nicht ganz präzise gewählten Ausdrucks „Willensgebundenheit“ weiter. Sie bindet nicht nur den Willen, nicht nur das Dürfen, sondern ist nach Windscheids eigenen Worten **„eine das Können der Person ausschließende dinglich wirkende Gebundenheit.“**

Auch Karlowa 39.) bringt bei Erörterung dieser Frage den Ausdruck dingliche Gebundenheit. Er kommt zu einem praktisch brauchbaren Resultat, wenn er auch nicht, wie Windscheid, eine einheitliche Formel und Erklärung zu finden sucht. Aus oben klargelegtem Gedankengang heraus verhilft ihm die übliche Teilung der Rechtsgeschäfte in obligatorische und dingliche zur Lösung. In dem obligatorischen bedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäft sieht er nur eine Bindung der Person. Die dinglichen Rechtsgeschäfte, denen eine Bedingung hinzugefügt ist, teilt er, da sie sich meist in irgendeiner Weise auf das Eigentum beziehen, in solche, bei denen der Veräußerer, Verpfänder usw. Eigentümer ist, und in solche, bei denen er es erst wird. Bei ersterer Gruppe ist nach Karlowas Meinung nicht nur die Person, sondern auch die Sache gebunden. Hier spricht er von **dinglicher Gebundenheit.** Bei der zweiten Gruppe soll nur **persönliche Gebundenheit** vorhanden sein, die darin besteht, daß mit dem Eigentumserwerb das in Aussicht genommene Recht sofort entsteht.

Nach Scheurl's Ansicht 40.) ist die den Inhalt der schwebenden Bedingung bildende Gebundenheit ein Mittelzustand zwischen Freiheit und Unfreiheit und zwar eine **objektive Gebundenheit des Gegenstandes und eine persönliche Gebundenheit des Urhebers der bedingten Willenserklärung.** Letztere bestehe in der Unfähigkeit des bedingt Belasteten, den bedingt erklärten Willen rechtswirksam zu ändern, erstere stelle sich dar als ein beginnendes Recht des anderen Vertragsteiles, als eine **Hoffnung,** die nicht mehr vereitelt werden könne. Diese Gebundenheit werde dadurch hervorgerufen, daß das im Grundgeschäft als gewollt erklärte Rechtsverhältnis durch die Bedingung zu einer **bloßen Möglichkeit** gemacht, also in einen Mittelzustand zwischen Dasein und Nichtdasein gebracht werde. Die Gebundenheit begründe keine gegenwärtige Verbindlichkeit und die Hoffnung auf seiten des Berechtigten sei kein Recht. Die trotzdem eintretende Vererblichkeit der Gebundenheit und der Hoffnung

39. Karlowa, S. 93, Anm. 1.
40. Scheurl, S. 124.

erkläre sich aus dem durch sie repräsentierten Geldwert, der aus der rechtlich gesicherten Hoffnung auf ein künftiges Vermögensrecht mittels Wahrscheinlichkeitsrechnung gefunden werde.

Auch Ihering [41.)] erkennt eine dingliche Gebundenheit im oben entwickelten Sinne als **persönliche und sachliche Gebundenheit** an. Aber nach seiner Meinung ist die allgemeine Anerkennung und Fortentwicklung zu dem, was sie heute ist, erst das Verdienst der modernen Jurisprudenz. Die heutige Lehre sei eine konsequente Fortbildung der im römischen Recht gegebenen Anregungen. Ihering vergleicht das bedingte Vindikationslegat einerseits und den Pfandvertrag andererseits mit anderen bedingten Geschäften, vor allem der bedingten Eigentumstradition und kommt, da er den Pfandvertrag als eine an eine Suspensivbedingung geknüpfte Ermächtigung zur Uebertragung des Eigentums (Suspensivbedingung- im Falle der Nichtzahlung) bezeichnet, zur Uebertragung der Rechtssätze vom Pfandvertrag auf andere bedingte Verträge, vor allem auf Grund der dem Pfandvertrag eigentümlichen dinglich geschützten Verkaufsbefugnis zur Anerkennung der dinglichen Gebundenheit in Fortbildung des römischrechtlichen Gedankens des persönlichen Schutzes. Die moderne Jurisprundenz hatte demnach nach seiner Ansicht, um einen allgemeinen Begriff zu finden, nichts nötig, „als das, was jenes Verhältnis in einem speziellen Falle zur Geltung gebracht hatte, zu generalisieren, der Bedingung nisi solutum vel satisfactum sit jede beliebige andere zu substituieren.“ [42)]. Dem erwidert Windscheid, [43.)] daß Ihering dingliche Gebundenheit in den Quellen in drei Fällen selbst konstatiere, nämlich bei der resolutiv bedingten Eigentumstradition, bei der suspensiv bedingten im Falle der lex commissoria beim Pfandvertrag und bei der bedingten Verpfändung und schließt nun seinerseits daraus, daß auch die Quellen nicht nur die persönliche, sondern auch die dingliche Gebundenheit kennen. Wie dem auch sei, aus Angeführtem ergibt sich klar, daß eine dingliche Gebundenheit, sei es für alle, sei es für nur wenige Fälle anerkannt wurde.

Diese Theorie von der Gebundenheit, vor allen Dingen Windscheids Theorie der Willensgebundenheit, wird aufs schärfste von Enneccerus bekämpft. [44)] Er bezeichnet sie als zu schwach, um die eintretenden Wirkungen erklären zu können und will mit ihr sogar entgegengesetzte Ansichten, z. B. Vererblichkeit — Nichtvererblichkeit erklären können.

Enneccerus stellt in strenger Durchführung des Prinzips der Simultanität an die Stelle der Gebundenheit zunächst für die be-

41. Ihering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 10, S. 533.
42. Ihering, Jahrb., Bd. 10, S. 534.
43. Windscheid, Pandekten, § 89.
44. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, § 33, S. 305 ff.

dingten obligatorischen Verträge eine **pendente und befristete Obligation.** Er beschäftigt sich in seinem Werk „Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin" im Interesse der Vereinfachung und Klarheit nur mit der Suspensivbedingung, die von ihm für diese gefundenen Resultate lassen sich aber in seinem Sinne ohne weiteres auf die Resolutivbedingung übertragen, da er die Resolutivbedingung als suspensiv bedingten Nebenvertrag auffaßt.

Pendenz versteht Enneccerus hier als Pendenz der Rechte mit provisorischer Regelung, indem er von der gleichmäßigen Ungewißheit über Dasein oder Nichtdasein des bedingten Rechts ausgeht und erst bei Bedingungseintritt erkennt, ob das Recht je vorhanden war oder nicht. Dadurch, daß Enneccerus die pendente Obligation zugleich als **befristet** bezeichnet, greift er die für die Lehre von der erfüllten Bedingung wichtig werdende Frage auf, ob Bedingung und Befristung streng voneinander geschieden sind oder ob beide ineinandergreifen können und bejahendenfalls, welches der Hauptfall sei. Er entscheidet sich unter Berücksichtigung des Parteiwillens für die mit einer Befristung verbundene Bedingung in folgendem Beispiel: „Habe ich am 1. 1. 1888 versprochen, wenn ich meinen Onkel beerbe, 100 zu zahlen, und beerbe ich ihn am 1. 1. 1890, so ist es alsdann **im allgemeinen** genau so, als habe ich damals versprochen: ich will am 1. 1. 1890 100 zahlen". [45.] An anderer Stelle [46.] entscheidet er die Frage ganz allgemein dahin: **„In der Suspensivbedingung liegt im Zweifel eine Befristung,** eine andere Absicht ist nur dann anzunehmen, wenn besondere Anzeichen für dieselbe vorhanden sind".

Damit, daß Enneccerus bei bedingten obligatorischen und Pfandverträgen sofort mit Geschäftsabschluß das Entstehen einer pendenten befristeten Obligation annimmt, spricht er der Bedingung nur deklaratorische Bedeutung zu. Aus der Tatsache, daß bei Bedingungseintritt klar werde, daß von der Zeit des Vertragsabschlusses an eine auf die Leistung zur Zeit der eingetretenen Bedingung gerichtete Obligation bestanden habe, ergebe sich als Folge, daß die bedingte Obligation schon während der Schwebe genau so behandelt werde, wie jede andere Obligation, **aber nur für den Fall des Eintritts der Bedingung.** Grund und Stütze für seine Ansicht findet Enneccerus in den von ihm angeführten Quellenbeispielen: aus der Möglichkeit der Akzeptilation und Zahlung bedingter Schulden [47]), aus der Zulässigkeit der condicto indebiti bei Zahlung bedingter Schulden [48.]), der Litiskontestation über bedingte Schulden, aus der Vererblichkeit der Forderungen. Enneccerus greift bei Begründung

45. Enneccerus, S. 360.
46. Enneccerus, S. 203.
47. L 16 D. de solut. (46,3).
48. L 38, § 16 D. de V. O. (45,1).

seiner Theorie sehr viel auf die erfüllte Bedingung, hauptsächlich auf die rückwirkende Kraft über. Deshalb gehe ich hier auf die von ihm bezeichneten Gegengründe gegen seine Theorie nur kurz ein. Der wichtigste ist der Satz, daß der bedingte Vertrag nichtig ist, wenn die Leistung pendente condicione unmöglich wird. Dieser Einwand widerspricht nach Enneccerus' Ansicht wohl der Lehre von der Rückwirkung; denn — so argumentiert Windscheid [49] und Enneccerus billigt die Beweisführung — würde man der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft zusprechen, so müßte, wenn die Sache vor dem Eintritt der Bedingung untergeht, es bei Erfüllung der Bedingung wenigstens so angesehen werden, als habe das bedingte Rechtsverhältnis im Augenblicke der Geschäftsbegründung bestanden. Mit seiner Theorie aber, sagt Enneccerus, sei dieser Satz sehr gut vereinbar. [50] Derjenige, der unter einer Bedingung verspreche, verspreche zur Zeit des Bedingungseintritts zu leisten und zwar so, daß jede frühere Leistung ausgeschlossen sein solle. Gehe der versprochene Gegenstand pendente condicione kasuell unter, so zeige sich, daß das, was versprochen worden sei, nämlich die Erfüllung der versprochenen Leistung, unmöglich geworden und damit das Geschäft nichtig sei.

Diese seine Lehre von der pendenten befristeten Obligation bezeichnet Enneccerus als die einfachste und brauchbarste, da sie nur die bekannten Begriffe Pendenz, Befristung und Obligation verwende, Vorzüge, die er gerade bei der Theorie Windscheids von der Willensgebundenheit vermißt; denn Windscheid's Theorie „gibt keine Norm, aus welcher die Entscheidung der Einzelfrage unmittelbar zu deduzieren ist". [51] Die Fragen nach der Vererblichkeit, der Anwendbarkeit der actio Pauliana könnten ohne Widerspruch mit der Theorie bejaht und verneint werden. Die Hauptfrage sei stets, ob die Gebundenheit wie eine Obligation behandelt werde oder nicht. Und wenn man diese Frage auch bejahen wolle, so setze man sich doch noch mit den Quellen in Widerspruch; denn hier werde eine Wirkung nur für den Fall des Eintritts der Bedingung zuerkannt, während beim Ausfall „nihil agitur". „Die Theorie des römischen Rechts können wir also nur treffen, wenn wir annehmen, daß die Gebundenheit des Gläubigers bzw. des Schuldners, falls die Bedingung eintritt, nicht aber, falls sie ausfällt, vom Vertragsschluß an ganz wie eine Obligation behandelt werde. Das hieße freilich in Wahrheit alles das aufgeben, was die Theorie von der Willensgebundenheit von der von uns verteidigten unterscheidet". [52]

---

49. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 7.
50. Enneccerus, S. 374.
51. Enneccerus, S. 386.
52. Dortselbst.

§ 7: Die Lehre des BGB.

Auch im BGB. finden sich die gleichen Fragen, die im gemeinen Recht für die schwebende Bedingung so sehr umstritten waren: die Fragen nach dem **Wesen** und dem **Inhalt** des Pendenzverhältnisses. Erstere Frage hat hier dadurch an Bedeutung verloren, daß durch die Vorschrift des § 158, Abs. II die Wirkung des Rechtsgeschäftes mit dem Bedingungseintritt endigt, nicht das Geschäft als gar nicht geschlossen betrachtet wird, eine Fiktion also zur Erklärung der vom gemeinen Recht vertretenen Rückwirkung nicht mehr erforderlich ist. Da diese Frage aber im 2. Kapitel des Hauptteiles gesondert und ausführlich behandelt wird, will ich die Frage nach dem **Inhalt** des Rechtsverhältnisses während der Schwebe vorwegnehmen.

Auch das BGB. kennt, wie das gemeine Recht ein Gegenseitig-Verpflichtet-Sein der Parteien, eine Gebundenheit des bedingt Verpflichteten und ein dieser entsprechendes Anrecht auf seiten des bedingt Berechtigten.

Das **Gegenseitig-Verpflichtet-Sein** der Parteien besteht darin, daß sie gezwungen sind, ihr gegebenes Wort zu halten, daß sie nicht mehr zurücktreten können, sondern die Entscheidung der Bedingung abwarten müssen, vor allem nicht Eintritt bzw. Ausfall der Bedingung in unlauterer Weise beeinflussen dürfen. Zu diesem Zweck wurde der § 162 BGB. geschaffen, der inhaltlich zwar auch schon im gemeinen Recht galt, aber nicht die Bedeutung des heutigen § 162 hatte. Dieser lautet:

> „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.
>
> Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt."

Betrachten wir einmal folgendes Beispiel: A hat an B Gastwirtschaftsmobiliar unter der auflösenden Bedingung der Verweigerung der Konzession übertragen. Jetzt, nach Eintritt der Bedingung, behauptet der Käufer B, der Verkäufer A habe die Konzessionserteilung selbst dadurch vereitelt, daß er der Behörde über B's Persönlichkeit und Vermögensverhältnisse ungünstige Angaben gemacht habe, daß daher wegen dieses Verstoßes gegen Treu und Glauben die Bedingung als nicht eingetreten gelte.

Der § 162, Abs. II. setzt eine für den Eintritt der Bedingung kausale, schuldhafte Vertragsverletzung durch Verstoß gegen Treu und Glauben voraus, die von dem Vertragsteil herbeigeführt sein muß, dem der Eintritt der Bedingung zum Vorteil gereicht. B war während der Schwebezeit zwar Eigentümer des Inventars, also im gewissen Sinne auch berechtigt, aber evtl. nur auf Zeit, nämlich bis zum Eintritt der Bedingung und daher auch bedingt verpflichtet. A dagegen war der bedingt Berechtigte; an ihn fiel mit Eintritt

der Bedingung das Eigentum an dem Inventar zurück: ihm gereichte also der Bedingungseintritt zum Vorteil.

Da unser Gesetzbuch keine Definition für den Begriff „Treu und Glauben" gibt, ist die Frage, ob das Verhalten einer Partei einen Verstoß wider Treu und Glauben enthält oder ob es nur Wahrnehmung berechtigter Interessen darstellt, eine Frage der Auslegung. Allgemein versteht man unter einem Handeln nach Treu und Glauben, Tun und Lassen eines „treuen und pflichtbewußten Menschen" [53.)] in einem bestimmten Falle, objektiv durch einen unbeteiligten Dritten beurteilt (§§ 152, 242, 320). Einige wollen gemäß dem Wortlaut auch den im § 162 erforderlichen Verstoß gegen Treu und Glauben in diesem Sinne auffassen. Es komme nur darauf an, daß die Herbeiführung des Bedingungseintritts im Widerspruch mit der durch den Vertragsschluß begründeten Pflicht ihrer Unterlassung stehe: sie könne also optima fide erfolgen. [54.)]

Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizupflichten, da sie zu hartem, unbilligen Ergebnis führt. Die Folgen, die sich bei konsequenter Durchführung dieser Gedanken kraft der dinglichen Wirkung der Bedingung im konkreten Falle ergeben, sind so einschneidend, daß sie wie Strafe wirken, und ist Strafe dort angebracht, wo dem Täter nicht einmal Fahrlässigkeit zur Last fällt? Auch Sinn und Zweck des § 162 sprechen gegen obige Ansicht. In den §§ 157 und 242 handelt es sich darum, den Geschäftswillen und die Vertragspflichten der Parteien objektiv festzustellen, im § 162 aber soll das Verhalten einer Partei gegenüber der Gegenpartei gewertet werden. Das ist wohl kaum ohne Beachtung der subjektiven Momente möglich. [55.)]

Ueber die Stärke dieser subjektiven Momente gehen die Meinungen weit auseinander. Die erste Ansicht erfordert Vorsatz der Schädigung [56.)], eine zweite Absicht der Vereitelung [57.)], während nach einer dritten [58.)] schon Fahrlässigkeit genügt. M. E. trifft die letzte Ansicht am besten Sinn und Zweck des § 162. Der § 162 e will Wiedervergeltung üben. Er setzt, wie oben dargelegt, Verschulden voraus; aber nichts spricht dafür, ihn nur bei einer, nämlich der schwersten Art des Verschuldens anzuwenden, sei es Vorsatz oder Absicht, zwei Begriffe, die sich wohl schwer ganz fest umgrenzen lassen. § 162, II bezweckt nur den Schutz des bedingt Verpflichteten — wie umgekehrt der Abs. I nur den bedingt Berechtigten schützen will. Warum soll ihm dieser Schutz nicht zuteil werden, wenn den Täter zwar

---

53. Enneccerus, Allgem. Teil, § 53, I, 1 a.
54. Hölder, § 162;
Weyl, Verschuldensbegriff, S. 425.
55. Oertmann, Allgem. Teil, § 162, Anm. 2.
56. R. Leonhard, S. 407; Rehbein, S. 239.
57. Hellmann, S. 78; Oertmann, § 162, Anm. 2.
58. Dernburg, Allgem. Teil, § 153, Anm. 8.

ein Verschulden, aber ein geringes trifft, obwohl für den Geschädigten die Folgen die gleichen sind, ob das Handeln ein vorsätzliches oder fahrlässiges war? M. E. muß deshalb der § 162, Abs. 2 schon dort eingreifen, wo dem bedingt Verpflichteten nur **Fahrlässigkeit** zur Last fällt, und zwar ist nötig, aber auch genügend bewußtes, dem Zweck und Ziel des bedingt abgeschlossenen Vertrages zuwiderlaufendes Tun oder Unterlassen; [59.] dieses ist **nötig**, weil man bei **un**bewußtem Zuwiderhandeln zu dem harten, eben widerlegten Ergebnis kommt, daß die Herbeiführung des Bedingungseintritts optima fide möglich sei; es ist aber auch **genügend**, weil man seine Vertragspflichten **bewußt** verletzen kann, ohne einen bestimmten Erfolg, hier den Bedingungseintritt zu wollen oder zu bezwecken, also weder Vorsatz der Schädigung, noch Absicht der Vereitelung erforderlich ist.

Zwischen dieser schuldhaften Vertragsverletzung und dem Eintritt der Bedingung muß Kausalzusammenhang bestehen. Es genügt nicht, daß der Eintritt der Bedingung durch das Verhalten des einen Vertragsteiles erleichtert wurde, sondern es muß durch dieses Verhalten herbeigeführt sein. [60.] Andererseits braucht es aber auch nicht die einzige Ursache des Bedingungseintritts zu sein. Erforderlich ist auch hier, wie überall im Zivilrecht adäquate Kausalität, d. h. nur dasjenige Verhalten ist adäquate Bedingung des eingetretenen Erfolges, „das ein generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, das die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht.“ [61.]

Ob in dem oben angeführten Beispiel tatsächlich der § 162, II Anwendung findet, kann, wie auch in den meisten derartigen Fällen bei dem knappen Tatbestand nicht ohne weiteres, sondern erst nach eingehender Beweisaufnahme entschieden werden. Ueber die Beweislastverteilung bezüglich der nach § 162 beweispflichtigen Tatsachen herrscht lebhafter Streit. Da die Frage aber aus dem Rahmen der vorliegenden Arbeit herausfällt, sehe ich von einem näheren Eingehen auf sie ab. Das Ergebnis unserer Untersuchung ist jedenfalls folgendes: Erweisen sich alle Erfordernisse des § 162 als vorhanden, so gilt kraft der dinglichen Wirkung der Bedingung, d. i. in diesem Falle kraft des Gegenseitig-Verpflichtet-Seins der Parteien im Falle des Abs. I die Bedingung als eingetreten, im Falle des Abs. II die Bedingung als ausgefallen.

Aber neben dieser allgemeinen; beide Parteien gleichmäßig treffenden Gebundenheit besteht, genau wie im gemeinen Recht,

---

59. Ähnlich R. O. H. G., Bd. 21, S. 125;
 R. G. Bd. 79, S. 96;
 Staudinger, § 162.
60. R. G. Bd. 66, S. 222 für die Verhinderung des Bedingungseintritts.
61. Traeger, Der Kausalbegriff, § 24, S. 159;
 Dernburg, Pandekten, § 109.

eine besondere **Gebundenheit des bedingt Verpflichteten.** Den Meinungsverschiedenheiten über ihre Natur (Willensgebundenheit, Sachgebundenheit, Personen- und Sachgebundenheit) ist aber in glücklicher Weise die Spitze abgebrochen worden, nämlich dadurch, daß man die Antwort darauf, wer oder was gebunden sei, nicht einmal bezüglich der Person, dann wieder der Sache gibt, sondern immer die Person des bedingt Verpflichteten in den Vordergrund schiebt und nur den Grad und die Art seiner Verantwortung verschieden bewertet. Dem geben die §§ 160 und 161 Ausdruck.

Der § 160 besagt:

„Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.

Den gleichen Anspruch hat unter denselben Voraussetzungen bei einem unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft derjenige, zu dessen Gunsten der frühere Rechtszustand wieder eintritt."

Diese im § 160 ausgesprochene Gebundenheit ist eine rein **persönliche,** d. h. sie wirkt nur innerhalb der Parteien, die den bedingten Vertrag miteinander abgeschlossen haben. Sie ist eine für das bedingte Geschäft besonders getroffene Formulierung des allgemein im Schuldrecht geltenden Satzes, daß der Verpflichtete am Fälligkeitstage leisten müsse oder bei Nichtleistung sich schadensersatzpflichtig mache. Daher kann z. B. der unter einer auflösenden Bedingung Verpflichtete die gekaufte und ihm übertragene Sache weder verkaufen noch zerstören, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen.

Noch weiter geht der § 161:

„Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Dasselbe gilt bei einer auflösenden Bedingung von den Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung."

Hier wird nicht nur eine Wirkung der Bedingung innerhalb der Vertragsparteien bestimmt, sondern auch dritte Personen können unter Umständen mitbetroffen werden. Es handelt sich nämlich um

den Fall, daß der bedingt Verpflichtete — bei der aufschiebenden Bedingung — bereits unter einer Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat und jetzt noch eine zweite bedingte oder unbedingte Verfügung über den unter einem bedingten Recht stehenden Gegenstand trifft. Das gleiche gilt nach § 161, Abs. 2 für den unter auflösender Bedingung Verpflichteten. Unter Gegenstand versteht unser Gesetz sowohl Sachen als Rechte. Durch den Gebrauch des Ausdrucks „verfügen", d. h. Abschluß eines dinglichen Rechtsgeschäftes, soweit es ein Opfer enthält [62.]), soll der Gegensatz zum § 160 hervorgehoben werden, der hauptsächlich von Verpflichtungsgeschäften handelt und daher durch Zubilligung des nur obligatorischen Schutzes die Rechtsstellung des bedingt Verpflichteten bei solchen Geschäften genügend sichert. Hat sich z. B. der A hinsichtlich eines Gegenstandes obligatorisch verpflichtet, z. B. unter einer Bedingung verkauft, ohne die Eigentumsübertragung vorzunehmen, so kann er bezüglich desselben noch zu Gunsten des B verfügen, ohne die Unwirksamkeit gewärtigen zu müssen. Er macht sich dem B nur schadensersatzpflichtig nach § 160. Andererseits ist es aber gerade die praktische Bedeutung der bedingten Rechtsgeschäfte, die Möglichkeit zu gewähren, „künftige Rechtsverhältnisse auf gewisse Eventualitäten hin im voraus mit **Sicherheit** zu begründen. Der in der Gewährung dieser Möglichkeit liegende Rechtszweck verlangt aber mehr als einen unter Umständen — z. B. im Falle der Zahlungsunfähigkeit — wertlosen bloß obligatorischen Schutz, er verlangt Unverkümmerbarkeit des in Aussicht gestellten Rechts." [63.]) Dies kann aber nur dadurch erreicht werden, daß auch dritte Personen gezwungen werden, das Recht des bedingt Berechtigten anzuerkennen, zwar nicht so, daß **sie** den erlittenen Schaden tragen müßten — denn für den Fall, daß sie gutgläubig sind, also von der Bedingung, unter der das betreffende Recht steht, nichts wissen, erwerben sie das Recht im ganzen Umfange (§ 161, Abs. 3), — sondern so, daß er auf den bedingt Verpflichteten abgewälzt wird derart, daß die Verfügung wohl ungültig wird, daß der Dritte aber bezüglich seiner Ersatzansprüche sich an den bedingt Verpflichteten halten kann. Diese Gebundenheit des bedingt Verpflichteten muß man daher als **dingliche** bezeichnen. Als Beispiele für diese kollidierenden Rechte könnte man als die wichtigsten vielleicht aufzählen:

1. **bedingtes Eigentum** an beweglichen Sachen, — da die Auflassung nicht unter einer Bedingung erfolgen kann (§ 925), kommt nur dieses vor — trifft zusammen mit

a) **Nießbrauch** = bezüglich der Dauer beschränktem dinglichen Nutzungsrecht,

b) **Pfandrecht** an beweglichen Sachen;

---

62. F. Leonhard, S. 37.

63. Motive I, S. 259.

2. **bedingter Nießbrauch.**
 a) an Sachen,
  a) Grundstücken (Bestellung nach §§ 1033, 873),
  b) beweglichen Sachen (§ 1032),
 b) an Rechten (nur übertragbaren, daher nicht am Nießbrauch)
 trifft zusammen mit

Pfandrecht;

3. **bedingte Reallast** (§ 1105)
 trifft zusammen mit

Pfandrecht;

4. **bedingtes Pfandrecht**
 a) an Grundstücken (Hypothek) (§ 1113),
 b) an beweglichen Sachen (§ 1204)
 trifft zusammen mit
 a) Pfandrecht,
 b) Reallast,
 c) Nießbrauch.

Aus dieser, den Schutz des bedingt Berechtigten aussprechenden Vorschrift hat man in Verbindung mit der durch die Bedingung gegebenen Aussicht auf den Erwerb ein Recht des Berechtigten abgeleitet, ein Anwartschaftsrecht oder Wartrecht, das je nach der Natur des bedingten Geschäfts entweder obligatorisch oder dinglich sein kann. Am wichtigsten wird diese Frage beim aufschiebend bedingten Geschäft, und hier wird sie in der Literatur auch eingehend behandelt. Aber auch das auflösend bedingte Geschäft umschließt diesen Schwebezustand, nur daß hier der ursprüngliche Veräußerer, der bedingt Berechtigte, der Inhaber des Anwartschaftsrechtes ist, während der Erwerber die Stellung des Eigentümers einnimmt. Für die hier hauptsächlich interessierenden Geschäfte über Sachenrechte bezeichnet man das Anwartschaftsrecht als ein die Sache belastendes veräußerliches, vererbliches, dingliches Recht des Anwärters an der Sache [64.]) Dadurch gibt man dem bedingt Berechtigten außerdem die Möglichkeit, gegen Dritte, die sich mit seinem Recht in Widerspruch setzen, gegen die er aber nicht durch den § 161 geschützt ist, mit dem Rechtsbehelf aus unerlaubter Handlung vorzugehen. Diese Konstruktion macht aber den Begriff der bedingten Verfügung zu einem höchst komplizierten, da hier neben das durch Eintritt der Bedingung entstehende Eigentumsrecht ein die Sache selbst belastendes dingliches Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten gestellt wird. In welchem Verhältnis diese beiden dinglichen Rechte zueinander stehen, darüber hat man schon im gemeinen Recht lebhaft gestritten, und auch heute herrscht noch keine Einigkeit darüber. Man kann das Anwartschaftsrecht entweder als identisch mit dem Vollrecht bezeichnen,

64. so z. B. Semeka, Das Wartrecht, Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 35, S. 142; Staudinger, § 161;

damit würde man aber wieder die Rückwirkung der Bedingung bejahen, oder es als schwächeren Vorgänger des Vollrechts anerkennen, nicht aber als Fundament des Vollrechts, da dieses auf Grund des Eintritts der Bedingung entsteht, nicht auf Grund eines vorhandenen subjektiven Rechts. Die Auffassung vom Wartrecht und Vollrecht als zeitlich aufeinander folgende, einander ablösende dingliche Rechte ist die zur Zeit herrschende [65].). Aber ist die Annahme eines solchen dinglichen Rechts zur Erklärung der dinglichen Wirkung der schwebenden Bedingung unbedingt erforderlich? Läßt sie sich mit den über dingliche Rechte geltenden Grundsätzen vereinbaren?

Zunächst ist hier zu erwähnen, daß der im BGB. geltende Grundsatz vom numerus clausus der Sachenrechte und von der Bestimmtheit des Inhalts dieser Sachenrechte durch die Annahme eines Anwartschaftsrechtes wenn nicht eine Durchbrechung, so doch eine wesentliche Schwächung erfährt, denn, wie wir oben gesehen haben, ist der Inhalt, der dem Anwartschaftsrecht gegeben wird, ein so verschiedener, daß von einem eindeutig bestimmten Sachenrecht nicht mehr die Rede sein kann.

Handelt es sich bei dem sogenannten Anwartschaftsrecht denn überhaupt um ein dingliches Recht? Als Hauptargument nimmt die herrschende Lehre die §§ 160, 161 und den § 823 in Anspruch, der gegen einen schädigenden Dritten, der nicht unter § 161 fällt, zulässig sein soll und zwar so, daß man das Anwartschaftsrecht als „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 auffaßt. Aber all diese Rechtsbehelfe sind, wie die herrschende Lehre selbst zugibt, erst **nach** Eintritt der Bedingung verfolgbar, auch der § 823, da gegen den Dritten nicht schärfer vorgegangen werden kann als nach § 160 gegen den Vertragsgegner. Es ergibt sich also die Tatsache, daß sich der bedingt Berechtigte die größten Rechtsverletzungen, Sachbeschädigung usw. gefallen lassen muß, ohne dagegen einschreiten zu können, was umso unverständlicher ist, als der Schaden sich meist nicht erst mit Eintritt der Bedingung, sondern schon mit der schädigenden Handlung übersehen und beziffern läßt. Hier kann man doch unmöglich von einem absoluten Recht des bedingt Berechtigten sprechen. Und wenn dieser nach Eintritt der Bedingung mit den genannten Rechtsbehelfen gegen den bedingt Verpflichteten oder gegen Dritte vorgeht, benützt er da nicht sein jetzt begründetes Vollrecht als Grundlage seines Anspruchs? Das Anwartschaftsrecht ist doch im Augenblicke der Entstehung des Vollrechts untergegangen. M. E. ergibt sich aus den angeführten Gründen und Gegengründen klar, daß das sogenannte Anwartschaftsrecht kein dingliches Recht des bedingt Berechtigten ist [66].).

---

65. so z. B. Cosack, Allgem. Teil, S. 239;
66. ähnlich Grimm, Gutgläubiger Erwerb bei bedingten Verfügungen, S. 32 ff.

Aber wie ist jetzt die bedingte Verfügung zu erklären und zu charakterisieren? Als was stellt sie sich dar? Brecht[67.] bezeichnet sie als **die in der Gegenwart vollzogene Uebertragung oder Belastung des künftigen, d. h. vom Eintritt der Bedingung zu rechnenden Teils des Eigentums.** Eine solche Verfügung über ein künftiges Recht wird heute allgemein als möglich angesehen, selbst dann, wenn die zukünftige Herrschaft des Verfügenden zur Zeit der Bedingung überhaupt noch nicht dinglich gesichert war[68.]. Dieses gilt jedoch in der Hauptsache für die aufschiebende Bedingung, sodaß der Veräußerer Inhaber des Eigentums bis zum Eintritt der Bedingung, der Erwerber evtl. Eigentümer vom Bedingungseintritt an wird. Das dem Verfügenden verbleibende Recht muß mancherlei Beschränkungen unterworfen sein, z. B. §§ 160, 161, weil es nur ein zeitlich begrenztes ist.

Läßt sich die gleiche Auffassung vom Inhalt des Schwebezustands auch auf das auflösend bedingte Geschäft übertragen? Hier wird der Erwerber mit Abschluß des Vertrages durch Uebergabe der Sache Eigentümer, aber auch nur vorläufig, begrenzt bis zum Eintritt der Bedingung, der evtl. das Eigentum auf den Veräußerer zurückspringen läßt. Daher muß auch hier das Recht des bedingt Verpflichteten gewissen Beschränkungen unterworfen sein, muß dieser sich bei beeinträchtigenden Verpflichtungsgeschäften schadensersatzpflichtig machen (§ 160), müssen Verfügungen, die das evtl. an den Berechtigten zurückfallende Eigentumsrecht beeinträchtigen würden, unwirksam werden (§ 161).

Was bedeutet hier nun Unwirksamkeit? Bedeutet es **Nichtigkeit** dieser Zwischenverfügung, d. h. wird von rückwärts, vom Bedingungseintritt an bestimmt, daß das Geschäft nie bestanden hat, bzw. wird jetzt, nach Bedingungseintritt alles so gehalten, als ob es nie vorhanden gewesen wäre, oder heißt Unwirksamkeit nur **Beendigung** des durch die Zwischenverfügung begründeten Rechtsverhältnisses **für die Zukunft,** handelt es sich mit anderen Worten um ein Unwirksamwerden ex tunc oder ex nunc?

Alle diese Fragen hängen aufs engste zusammen mit der dinglichen Wirkung der **erfüllten** Bedingung, nämlich der ipso-iure-Wirkung und vor allem der Rückwirkung, die ich daher im nächsten Kapitel behandeln werde, um dann am Schluß noch einmal im Zusammenhang mit ihr auf die schwebende Bedingung zurückzukommen.

---

67. Brecht, Iherings Jahrb., Bd. 61, S. 267 ff.
68. Staudinger, Sachenrecht, § 930, 1. b.;
Oertmann, Schuldverhältnisse, § 399 mit Literaturnachweis;
Grimm, S. 36;

II. Kapitel.

Die dingliche Wirkung **nach Erfüllung** der Bedingung.

§ 7: Wesen der Wirkung ipso iure und der Rückwirkung.

Hier im Rahmen der erfüllten Bedingung ist, so eigenartig es klingen mag, zunächst der Ort, die oben offen gelassene Frage nach dem Wesen der schwebenden Bedingung näher zu untersuchen. Ich habe oben zwei Möglichkeiten der Pendenz unterschieden, je nachdem, ob ich

a) das Dasein oder Nichtdasein des bedingten Rechts oder
b) seine gleichmäßige Ungewißheit als Ausgangspunkt nahm.

I. Gehe ich von der **gleichmäßigen Ungewißheit** über Dasein oder Nichtdasein des bedingten Rechts aus, so komme ich zu folgendem Resultat:

1) Beim Ausfall der Bedingung zeigt sich, daß das bedingte Recht nie entstehen konnte, daß das bedingte Geschäft überhaupt keine Rechtsfolgen hat.

2) Bei Erfüllung der Bedingung stellt es sich heraus, daß alle Erfordernisse, die die Entstehung des bedingten Rechts voraussetzt, vorhanden sind, daß also
   a) das Recht besteht und zwar entweder
      a) vom Eintritt der Bedingung an oder,
      b) da das Anrecht schon seit Geschäftsbeginn zu Recht bestand, vom Geschäftsabschluß an.
   b) Der bedingt Berechtigte, z. B. der Käufer wird Eigentümer entweder
      a) ipso iure, d. h. ohne Zutun, ja gegen den Willen der Parteien oder
      b) mit obligatorischer Wirkung, d. h. so, daß ihm nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung zusteht.

II. A. Wenn ich **vom Dasein des bedingten Rechts** ausgehe, so ergibt sich

1) für den Ausfall der Bedingung, daß das Geschäft jetzt so endgültig besteht, wie es zur Zeit der Schwebe bestand;
2) für die Erfüllung der Bedingung,
   a) daß das Geschäft unwirksam wird und zwar entweder
      a) jetzt endigt und mit ihm das bedingte Recht für die Zukunft hinfällig wird oder daß,
      b) da nie ein Grund zur Entstehung des bedingten Rechts vorgelegen hat,
         a a) das Recht tatsächlich nie bestanden hat oder
         b b) es so angesehen wird, als habe es nie bestanden;
   b) daß das bedingte Recht an den bedingt Berechtigten zurückfällt und zwar entweder

a) ipso iure, d. h. ohne Zutun der Parteien oder
b) mit obligatorischer Wirkung, d. h. so, daß dem bedingt Berechtigten nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung zusteht.

B. Das gerade Gegenteil in allen Punkten ergibt sich, wenn ich von **Nichtdasein** des bedingten Rechts ausgehe.

Am klarsten tritt diese Unterscheidung „Dasein-Ungewißheit" des bedingten Rechts in der aufschiebenden und auflösenden Bedingung zu Tage; denn erstere geht von der Ungewißheit, letztere vom Dasein des bedingten Rechts aus. Zwar gibt es auch Ansichten, die auch bei der Suspensivbedingung schon das Dasein des bedingten Rechts oder doch wenigstens eines Teils dieses bedingten Rechts annehmen, wenn auch untereinander wieder mit größeren oder kleineren Abweichungen. Sie werden hauptsächlich von einigen Schriftstellern des gemeinen Rechts vertreten [69.)] Ich bespreche sie wegen ihrer geringen Wichtigkeit für diese Frage nicht an dieser Stelle, sondern werde bei ihrer Behandlung im Laufe der Arbeit darauf hinweisen. Eine Verquickung der beiden Pendenzverhältnisse wird hervorgerufen durch die Ansicht von der Resolutivbedingung als suspensiv bedingtem Nebengeschäft. Hier geht man von dem Recht des Veräußerers als dem noch nicht vorhandenen bedingten Recht aus und läßt erst durch Ausfall der Suspensivbedingung das Grundgeschäft, das das vorhandene Recht enthält, hinfällig werden. Da aber diese Ansicht der von mir vertretenen nicht widerspricht, sondern mit ihr in Einklang zu bringen und alles, was für jene gilt, auch auf diese, wenn auch auf Umwegen, anzuwenden ist, werde ich sie im weiteren Verlauf der Arbeit nicht mehr gesondert behandeln.

Als Beispiele für die verschiedene Behandlung der Pendenzverhältnisse führe ich für die aufschiebende Bedingung das sogenannte Abzahlungsgeschäft bei Möbeln und für die auflösende Bedingung den oben schon angeführten Möbelkauf unter der negativen auflösenden Bedingung der Nichterteilung der Gastwirtskonzession an.

A hat an B Möbel auf Abzahlung, d. h. mit Eigentumsvorbehalt unter der Bedingung rechtzeitiger Zahlung verkauft. Auf die Einzelheiten gehe ich hier nicht ein, da sie nicht in den Rahmen der Arbeit gehören. Fällt hier die Bedingung aus, d. h. zahlt B nicht, wie im Vertrage bestimmt, so wird das Eigentumserwerbsrecht des B hinfällig, das Abzahlungsgeschäft verliert jede Wirkung. Erfüllt sich dagegen die Bedingung, so besteht das Recht des B auf Erwerb des Eigentums an dem Mobiliar zu Recht, er ist Eigentümer und zwar könnte er es sein entweder vom Bedingungseintritt oder vom Geschäftsabschluß an.

69. z. B. Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, i. Iherings Jahrb.. Bd. 11, S. 139 — 393.

Ganz anders verhält es sich beim auflösend bedingten Geschäft. Fällt nämlich hier die Bedingung aus, d. h. wird dem B die Gastwirtskonzession erteilt, dann bleibt er Eigentümer wie zuvor, nur ist seine Stellung fester, da sein Eigentum jetzt ein unbedingtes ist. Erfüllt sich die Bedingung, d. h. erhält B die Konzession nicht, so bekommt A, da kein rechtlicher Grund zum Eigentumserwerb für B vorhanden ist, sein Eigentum zurück, entweder dinglich oder obligatorisch, entweder vom Eintritt der Bedingung oder vom Geschäftsabschluß an und zwar in letzterem Falle entweder tatsächlich oder durch Fiktion.

Die in den beiden Beispielen durch das sich mehrmals wiederholende „entweder—oder" gekennzeichneten Möglichkeiten der Auffassung der Bedingung **nach** Bedingungseintritt enthalten die zweite und dritte Unterart der dinglichen Wirkung der Bedingung, nämlich die ipso-iure-Wirkung und die Rückwirkung. In dem oben gegebenen Schema habe ich versucht, diese beiden Wirkungen klar hervorzuheben, indem ich als **ipso-iure-Wirkung** I, 2, b, *a* und II, 2, b, *a* im Gegensatz zur **obligatorischen Wirkung** und als **Rückwirkung** I, 2, a, *b* und II, 2, a, *b* im Gegensatz zum bloßen **Endigen für die Zukunft** bezeichne. Diese hier aufgeworfenen Fragen sind von jeher Anlaß zu größten Meinungsverschiedenheiten gewesen — die Lehre von der Rückwirkung kann man als die umstrittenste des gemeinen Rechts bezeichnen, — und wenn sie auch für das heutige Recht durch das BGB. zum großen Teil erledigt sind, so ist es doch nicht ohne Interesse, sie zu verfolgen, da sie in ihrer Entwicklung trotz mancher Schwankungen in steter Linie zu dem vom BGB. eingenommenen Standpunkt führen und uns daher einen wertvollen Anhaltspunkt mehr bieten zum Verständnis der der Regelung unseres Gesetzbuches zugrunde liegenden Gedanken und darüber hinaus uns Führer und Berater sein können bei der Beurteilung und Entscheidung der Fragen, die sich aus dem modernen Verkehrs- und Rechtsleben ergeben, die aber im Gesetz keine Regelung gefunden haben.

§ 8. Wirkung der erfüllten Bedingung im **römischen** Recht.

Im römischen Recht finden wir die mit dinglicher Wirkung ausgestattete Resolutivbedingung, von Kohler [70.)] „echte" Resolutivbedingung genannt, nur in einigen wenigen Fällen. Die dingliche Wirkung im römischen Recht erklärt sich nämlich aus dem Zwiespalt des Eigentums und ist daher nur bei res mancipi möglich; denn bei res nec mancipi ist nie die bei dinglicher Wirkung erforderliche

70. Kohler, Die Resolutivbedingung, in Arch. f. bgl. Recht, Bd. 15, § 3, S. 4.

rei vindicatio möglich [71.)]. Veräußere ich eine Sache unter einer Resolutivbedingung z. B. der lex commissoria, so übertrage ich nur bonitarisches Eigentum; aber ich kann die mir auf Grund des quiritischen Eigentums verbleibende rei vindicatio nicht geltend machen, da ihr die exceptio rei venditae et traditae auf seiten des Käufers und bonitarischen Eigentümers gegenüber steht. Durch den Eintritt der Bedingung verliert der Käufer diese Einrede, meine rei vindicatio ist vollwirksam: die Resolutivbedingung hat dingliche, nämlich **ipso-iure-Wirkung**, allerdings nur solange nicht die Ersitzungszeit von einem bzw. zwei Jahren in der Person des Erwerbers vollendet war, sonst besteht nur ein obligatorischer Anspruch aus dem Kaufvertrage. Von einer **Rückwirkung** der erfüllten Bedingung ist im klassischen römischen Recht keine Rede, ja sie widerspricht sogar den Quellen, die z. B. bei der lex commissoria auch nach Erfüllung der Bedingung die Kontraktsklage geben [72.)].

Diese Fragen wurden erst später, nämlich zur Zeit des Justinianischen Rechts brennend und streitig, als durch die Verwischung des Unterschiedes zwischen res mancipi und nec mancipi, zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentum sich das Anwendungsgebiet der Resolutivbedingung mächtig vergrößerte. Man brachte die jetzt nicht mehr verständlichen Entscheidungen der Juristen durch Abänderungen miteinander in Einklang, schuf Rechtsinstitute, die zwar bekannte Namen trugen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen aber von den im klassischen Recht vorhandenen weit abwichen, und gab so Anlaß zu den im gemeinen Recht herrschenden und nie beigelegten Streitigkeiten.

Ich führe an dieser Stelle keine Quellenbelege an, um nicht zweimal das gleiche zu sagen, sondern werde sie bei der Behandlung des gemeinen Rechts, das sich fast ausschließlich auf sie stützt, heranziehen.

§ 9: Die Wirkung der erfüllten Bedingung im **deutschen** Recht.

Auch das deutsche Recht kennt die Resolutivbedingung und hat sie ausgebaut, obwohl man auf das Gegenteil schließen könnte, da alle Schriftsteller des gemeinen Rechts bei der Erörterung der Streitfragen und Begründung ihrer Ansichten immer nur auf das römische Recht zurückgehen. Die Resolutivbedingung kommt im deutschen Recht im Gegensatz zum römischen Recht am häufigsten vor bei der Schenkung, vor allem bei der Landschenkung. Während im römischen Recht der Beschenkte die Sache veräußern und vererben durfte, war dies im deutschen Recht nur dann möglich, wenn es bei Abschluß des Geschäfts besonders erwähnt worden war. Man kann daher für das

71. Kohler, § 4, S. 12.;
Scheurl, S. 236..
72. Fr. 4, pr. de lege commiss.

deutsche Recht ganz allgemein sagen, daß eine Schenkung nur dann unbedingt war, wenn sie ausdrücklich von den Parteien so bezeichnet worden war, im anderen Falle trug sie immer die auflösende Bedingung z. B. der Veräußerung durch den Beschenkten in sich [73.]. So waren z. B. die von den bayrischen Herzögen und Großen zur Zeit der Agilolfinger aus ihrem Eigengut geschenkten Ländereien nur mit ihrer Einwilligung veräußerlich [74.]. Das gleiche galt von den königlichen Landschenkungen im Frankenreich im 8. und 9. Jahrhundert. Am häufigsten treten die Landschenkungen bei Begründung von Treuverhältnissen zu Tage, wo z. B. ein Ritter in den Dienst eines Herzogs tritt und dieser ihm unter der auflösenden Bedingung treuer Dienstleistung ein Stück Land schenkt, wie es z. B. im angelsächsichen, burgundischen und bayrischen Recht üblich war. Veräußert nun der Beschenkte das geschenkte Land ohne die erforderliche Einwilligung oder löst er einseitig das Treuverhältnis, so kehrt das Eigentum an den Schenker zurück, und er erhält ein **dingliches Recht auf Herausgabe.**

Dieses Rechtsinstitut benutzte man später als Ersatz für die fehlende Testiermöglichkeit und in dieser Form ist es als droit de retour in den Code civil übergegangen. Gesetzlich festgelegt finden wir es schon 1521 in den coutumes de Bourbonnois, einer Kodifikation des in Frankreich geltenden Gewohnheitsrechtes. Hier ist die Möglichkeit gegeben, Schenkungen unter Lebenden die Resolutivklausel beizufügen, daß im Falle des Ueberlebens des Schenkers das Geschenkte beim Tode des Beschenkten an den Schenker zurückfallen solle. Die Rückfallsberechtigung gibt in einem solchen Falle dem Berechtigten nicht nur Eigentum sondern auch Besitz nach dem schon damals geltenden, heute im § 854 BGB. niedergelegten deutschrechtlichen Satz, daß auch der Besitz auf den Erben übergehe. Diese Art der Schenkung wird kritisiert: „. . . . et telles donations sont bonnes et valables“. Im Code civil Art. 951 ist der Rückfall entweder beim Tode des Beschenkten oder seiner Abkömmlinge möglich, „soit pour le cas du précédès du donataire seul, soit pour le cas du précédès du donataire et de ses descendans“, und die Rechtsfolgen dieser Schenkung enthält der Artikel 952: „L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques. . . .“. Mit dem Tode des Beschenkten oder seiner Abkömmlinge fällt also das Eigentum unmittelbar an den Schenker zurück: **ipso-iure-Wirkung.**

73. Brunner, Die Landschenkungen der Merowinger und Agilolfinger in den Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, S. 25 ff.

74. Brunner, S. 12 ff.

Aber schon lange, bevor es zur gesetzlichen Regelung kam, finden wir diesen Rechtssatz im deutschen Recht, wie uns eine ganze Reihe von uns überlieferten Entscheidungen bezeugen, vor allem die Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrhunderts [75.]. Ich führe nur ein Beispiel an aus den Jahren 1159—1172.

„Manifestamus vobis quod Teodericus filius Blithildis contradidit heriditatem sitam iuxta ecclesiam apud Knehtesteden, consensu matris ea condicione, ut, si non redierit ab Ierosolimis, et si tunc mater retinere potuerit, post obitum suum apud Knehtesteden permaneat. Si vero retinere non potest, vendat et vivat ab ipsa. Et si predictus filius eius Teodericus redieret, ipsam heriditatem sicut ante obtineat."

Theoderich, der Sohn der Blithildis, der ins heilige Land ziehen will, schenkt mit Einwilligung seiner Mutter, die die Leibzucht erhält, sein Anwesen, das neben der Kirche in Knechtsteden liegt, der Kirche unter der doppelten auflösenden Bedingung:

1. daß er vom Kreuzzug zurückkehrt,
2. daß seine Mutter ihren Unterhalt aus den Einkünften der Leibzucht nicht bestreiten kann. Dann soll sie das Anwesen verkaufen dürfen.

Der zweite Fall der Uebertragung resolutiv bedingten Eigentums findet statt bei der Pfandbestellung und zwar so, daß das Eigentum sofort übergeht und **mit Einlösung zurückfällt**, wie es vor allem beim Verkauf auf Wiederkauf geschieht. Ein Beispiel für das deutsche Recht ist folgendes [76.]: Graf Heinrich von Weilnau verkauft Burg und Stadt Weilnau dem Probst zu Gemünden auf Wiederkauf: „Und ginge denselbin probst oder sin erbin noit an he mach alliz diz vorg. guit vurwert virsetzin .... **zu allin deme rechte**, alse he odir sin erbin iz besitzint, also doch, daz wir und unse erbin daz guit allewe vindin zu losene umme diselbin peninge alz iz dem probste und sinen erbin stet".

Das vertragsmäßige oder vereinbarte Retraktsrecht enthält die dritte Anwendungsmöglichkeit der Resolutivbedingung. Das Retraktsrecht ist das **dingliche Recht**, das gewissen Personen zustand, ein verkauftes Grundstück vom Käufer oder späteren jeweiligen Eigentümer innerhalb einer bestimmten Zeit gegen Erstattung des Kaufpreises zu erwerben [77.]. Es findet sich z. B. in folgendem Beispiel [78]: „Wer daz der dy gut ymande gebe oder beschide, her wer phaffe oder leyge, by lebendem lybe oder noch syme

75. herausgegeben von Hoeniger.
76. v. Meibom, Deutsches Pfandrecht, S. 359, Anm. 309, aus Wenck, Hessische Geschichte, I, Nr. 160 aus dem Jahre 1326.
77. Kohler, Arch. f. bgl. Recht, Bd. 15. S. 175.
78. Baur, Hessische Urkunden, II. zit. bei Platner i. d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte IV, S. 150, Anm. 120, aus dem Jahre 1362.

tode, demselbin der dysin brief von seinetwegen inne hatte, dem sullen dy gut mit allem recht volgen und sullin wir auch den wyderkouf zu ume tun gleicher weis als um yn selbes".

§ 10. Die Lehre von der dinglichen Wirkung der erfüllten Bedingung im **gemeinen** Recht.

Als durch die Rezeption die Rechtsbildungen des deutschen und römischen Rechts zusammentreffen, erweitert sich das Gebiet der Resolutivbedingungen immer mehr, sodaß man allmählich durch Anerkennung der Gleichartigkeit der einzelnen Anwendungsfälle zur Entwicklung einer **Lehre von der Resolutivbedingung** kommt. Man betrachtet zuerst die Wirkungen der **erfüllten** Bedingung, da sie am meisten ins Auge springen, während man recht spät erst dazu kommt, das Pendenzverhältnis näher zu untersuchen.

Kohler [79.] bezeichnet als ersten, der den Begriff der Resolutivbedingung aufgestellt habe, Stryk (gest. 1701). Er erklärt nämlich im usus modernus pandectarum lib. XVIII. 1, de contr. ent. §§ 27, 29 ff., daß das Eigentum in jedem Falle übergehe, für den Rückfall aber zu unterscheiden sei, ob verba directa oder obliqua gebraucht seien. Nur im ersteren Fall erkennt er eine **dingliche Wirkung** an: § 34 „ipso iure absque traditione revertitur".

Wie wir gesehen haben, hat man von jeher der Resolutivbedingung, wenn man ihre Anwendbarkeit überhaupt zuläßt, dingliche Wirkung zuerkannt. Erst dann, als man sich mit der Resolutivbedingung näher zu beschäftigen beginnt, kommt es zu Meinungsverschiedenheiten, die, je mehr man über das Wesen der Resolutivbedingung nachdenkt, immer größer werden und wahrscheinlich auf dem Boden des gemeinen Rechts niemals beigelegt worden wären. Eins fällt vor allem in diesem Streit der Meinungen auf: die Veränderung der Fragestellung. Hatte man sich bisher in der Hauptsache mit der **Wirkung ipso iure** beschäftigt, so tritt diese jetzt vollkommen in den Hintergrund vor der Frage nach der **Rückwirkung.** Ich kann mir diese Tatsache nur so erklären, daß man die Rückwirkung für das Primäre, für die Hauptwirkung hielt und für den Fall, daß man sie bejahte und genügend begründet hatte, die ipso-iure-Wirkung als in ihr beschlossen ansah und daher ihr Widerspruch mit den allgemeinen Rechtsregeln nicht mehr wunder nahm. Ich muß daher, da ich einen Ueberblick über die widerstreitenden Meinungen geben will — soweit das bei der Fülle des Stoffes möglich ist und im Rahmen der vorliegenden Arbeit geboten erscheint — auch zunächst von der Rückwirkung der erfüllten Bedingung ausgehen. Ich werde, wenn ich auch hauptsächlich die Resolutivbe-

79. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 4.

dingung im Auge habe, auch auf die Suspensivbedingung eingehen müssen; denn, wie ich oben schon bei der schwebenden Bedingung bemerkt habe, wird auch bei Betrachtung der erfüllten Bedingung immer zunächst die aufschiebende Bedingung behandelt und von ihr auf die Resolutivbedingung geschlossen. Die Heranziehung der Suspensivbedingung ist aber auch aus dem Grunde berechtigt, weil, wie wir oben gesehen haben, die Resolutivbedingung entweder der entgegengesetzten aufschiebenden Bedingung gleichgestellt oder jeder Unterschied im Wesen zwischen beiden geleugnet wird. Jedenfalls stehen beide in so enger Beziehung und Wechselwirkung miteinander, daß eine Loslösung untunlich, wenn nicht unmöglich ist.

Der Entwicklungsprozeß dieser Lehre von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung verläuft kurz vorweggenommen von der vollsten, fast widerspruchslosen Anerkennung über eine Zeit der streitenden, immer mehr zur Verneinung neigenden Ansichten hinweg zur vollkommenen Ablehnung der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung.

I.

Allmählicher und teilweiser Widerspruch gegen die herrschende Lehre von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung

„Mit seltenem Einmute ist von jeher gelehrt worden, daß das römische Recht sich für die rückwirkende Kraft ausspreche" [79]. Schon in der Glosse findet sich dieser Satz und hat bis zur Zeit der naturrechtlichen Schule nur schwachen, partiellen Widerspruch gefunden.

Suarez [80], Thibaut [81] und Sell [82] lassen für das römische Recht die Rückziehung unangetastet, suchen auch nicht für das gemeine Recht das Gegenteil zu beweisen, sondern beruhigen sich damit, die Rückziehung als eine „Sonderbarkeit" zu bezeichnen, „für die kaum ein mittelmäßig guter Grund angegeben werden könne" (Thibaut), oder sie bemerken, „man könne wohl nie mit völliger Bestimmtheit angeben, warum die Römer diesen Satz aufgenommen hätten" (Sell).

Schon Vangerow [83] und Wächter [84] modifizieren die Lehre dahingehend, daß sie zwar bei Eintritt der Bedingung das Geschäft als von Anfang an als unbedingt abgeschlossen ansehen, die Rückwirkung aber nur auf den **Erwerb** des Rechts, nicht auf seine **Ausübung** beziehen.

79. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 4.
80. Suarez bei Foerster, § 36, Anm. 59.
81. Thibaut, Zivilistische Abhandlung, Bd. 6, S. 366.
82. Sell, Ueber bedingte Traditionen.
83. Vangerow, Leitfaden, 1. Aufl., 1838, § 95.
84. Wächter, Handbuch, II, S. 701 ff., 1851.

Auch Savigny [85.] bejaht noch „konsequenterweise" die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung im allgemeinen, jedoch **„mit steter Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht der Parteien"** [86.]. Durch diese Einschränkung geht er vielen Schwierigkeiten aus dem Wege, ja, die Streitfrage verliert sogar nach seinen eigenen Worten „großenteils ihre praktische Bedeutung" [87.].

Diese Auffassung überträgt Savigny auch auf das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft, für das er je nach dem Willen der Parteien drei Auslegungsmöglichkeiten gibt:

1. Abschluß eines **resolutiv** bedingten auf Erfüllung gerichteten Geschäftes;
2. Abschluß eines Geschäftes, das die umgekehrte Tatsache als **Suspensivbedingung** enthält;
   bei 1) und 2) treten die oben angegebenen Wirkungen ein — immer jedoch mit Rücksicht auf den Parteiwillen;
3. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes wird zum Gegenstand eines **besonderen Nebenvertrages** gemacht, der einen bloß obligatorischen Anspruch gibt.

Direkten Widerspruch findet die herrschende Lehre bei Kritz [88.], Schweppe [89.] und Blume [90.], die auf Grund des Satzes: condicioni inest dies zur Verneinung der Rückwirkung kommen. Wendt [91.] kritisiert diese Begründung damit, daß er in ihr nur einen aus der Praxis abgeleiteten theoretischen Satz erblickt. M. E. kann dieser Satz nicht zum Beweise dienen, da es gerade eine heiß umstrittene Frage ist, ob die Bedingung notwendig einen dies enthalte.

Tiefer gehen die in der Zeitfolge nächsten beiden Arbeiten von Windscheid [92.] und Fitting [93.] auf die Streitfrage, ob Rückziehung oder nicht, ein.

Windscheid gelangt, seine Ansicht von der Willensgebundenheit, von der das Können ausschließenden dinglichen Gebundenheit als Ausgangspunkt und Grundlage benutzend, zur Anerkennung der rückwirkenden Kraft bei der auflösenden Bedingung, während er sie bei der aufschiebenden Bedingung ablehnt [94.]. Die verschiedene Behandlung der beiden Arten der Bedingung erklärt sich aus der schon ausführlich dargelegten Auffassung Windscheids von der Resolutivbedingung. Er sieht in der auflösenden Bedingung nicht

---

85. Savigny, System, Bd. 3, S. 150 ff.
86. Savigny, daselbst, S. 152, Anm. 2.
87. Savigny, daselbst, S. 152, e.
88. Kritz, Pandektenrecht, I. Teil, 3. Bd., S. 336 ff.
89. Schweppe, Römisches Privatrecht, I, § 110, Nr. 3.
90. Blume, Enzyklopädie, 2. Abtlg., § 69.
91. Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, S. 97.
92. Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851.
93. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856.
94. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 13 ff.

eine aufschiebende, auf Auflösung des Geschäfts gerichtete Bedingung, sondern nach seiner Ansicht bildet die auflösende Bedingung mit dem Rechtsgeschäft eine unlösbare Einheit. Er geht bei der Beantwortung der Frage nach der rückwirkenden Kraft der Resolutivbedingung von der Suspensivbedingung aus und wendet die hier gefundenen Erkenntnisse auf die Resolutivbedingung an. Nachdem er verschiedene, seine Meinung stützende Quellenstellen zitiert hat [95.]), wendet er sich der Stelle zu, die von den Verfechtern der Rückwirkung als schlagendster Beweis für ihre Ansicht angesehen wird [96.]). Sie lautet folgendermaßen: **eum enim semel condicio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset.**

Bejaht man die Rückwirkung, so will diese Stelle besagen, daß derjenige, dem unter der Bedingung versprochen worden sei, schon zur Zeit des Versprechens **Gläubiger** gewesen sei. Windscheid sieht den Ausgangspunkt für diese Auslegung in dem alten Satze der actio hypothecaria, daß das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgezogen werde. Folglich müsse, da kein Pfandrecht ohne Obligation denkbar sei, hier der vorgezogene Pfandgläubiger schon zur Zeit der Verpfändung Gläubiger gewesen sein.

Auch Windscheid geht von diesem Satze aus, legt sich aber dann die Frage vor, ob dieser Satz auch in dem Falle gelte, daß das Pfandrecht nicht unmittelbar im Anschluß an die Verpfändung entstehe. Er bejaht diese Frage, allerdings unter der Voraussetzung, daß wenigstens „der **Verpfänder gebunden war,** sodaß die wirkliche Entstehung des Pfandrechts nicht mehr eines Willensaktes von seiner Seite bedurfte". Windscheid führt für die Richtigkeit dieser Auffassung noch mehrere Beispiele an. Zwei von ihnen sind besonders interessant. Nach L. 4. D. quae res pignori (20, 3) datiere der Rang des für ein künftig zu nehmendes Darlehn bestellten Pfandrechtes nicht vom Abschluß des Pfandvertrages, sondern vom Augenblick der Darlehnshingabe. Ebenso bestimme sich nach L 11 § 2 D qui potiores der Rang des Pfandrechts an inducta und illata nach der Zeit der Einbringung, nicht nach der Zeit der Verpfändung. Als Grund dafür gibt Windscheid die Tatsache an, daß **der Schuldner vorher trotz der Verpfändung nicht gebunden gewesen sei.**

Mit diesen Beispielen setzt sich Windscheid m. E. in Widerspruch zu dem, was er an anderer Stelle über den Rang der Pfandrechte an künftigen oder künftig zu erwerbenden Sachen und an Gegenständen, die bei der Verpfändung nicht sogleich genauer bezeichnet werden, sagt [97.]). Das ist um so verwunderlicher, als

95. L. 8 D. de R. C. (12, 1).
L. 144 § 1 D. de R. S. (50, 17).
96. L. 11, § 1 D. qui potiores (20, 4).
97. Windscheid, Pandekten, § 242, 5, Anm. 9 und 10.

Windscheid gerade diese Kategorie von Rechten heranzieht, um die von Scheurl behauptete Sachgebundenheit als nicht genügend zu bezeichnen und zu widerlegen und gerade darauf hinzuweisen, daß das römische Recht bei solcher Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintreten lasse. Nur eine Einschränkung macht Windscheid bezüglich der nicht genau benannten Gegenstände dahingehend, daß eine Gebundenheit dann nicht eintrete, wenn „der Verpfänder sich die Bezeichnung des Gegenstandes in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren".

Also müßte Windscheid in den angegebenen Beispielen einen derartigen stillschweigenden Vorbehalt gemacht haben, eine Tatsache, die den aus genannten Beispielen gezogenen Folgerungen gewiß keine größere Ueberzeugungskraft verleiht.

Jedenfalls bezeichnet es Windscheid als Auffassung der Quellen, daß in solchen und ähnlichen wie hier angeführten Fällen eine Wirkung erst dann ersichtlich werde, wenn eine Gebundenheit des einen oder beider Vertragsteile eingetreten sei. Diese allgemeine Erkenntnis dehnt er auf den im Anfang zitierten Fall aus. Das für eine bedingte Schuld bestellte Pfandrecht könne nicht deshalb von der Zeit der Verpfändung an datiert werden, „weil man annehmen müßte, daß der Pfandgläubiger bereits zur Zeit der Verpfändung Gläubiger gewesen, sondern deswegen, **weil der Schuldner durch die Verpfändung gebunden war"** [98.]; es werde also durch Erfüllung der Bedingung der Willensakt nur der **Bedingtheit** enthoben, nicht aber der in der Bedingung enthaltenen **Zeitbestimmung** bezüglich der Entstehung des gewollten Rechtsverhältnisses. Damit verneint Windscheid die rückwirkende Kraft der Bedingung beim Pfandvertrage.

Diesen speziell für die Verpfändung entwickelten Gedanken überträgt Windscheid nun ganz allgemein auf alle dinglichen Rechte. Das dingliche Recht entstehe zwar nicht sofort, aber es ergreife, sobald es entstehe, die Sache in dem rechtlichen Zustand, in dem sie sich zur Zeit der Bestellung befunden habe.

Ein weiteres Argument für seine Ansicht entnimmt Windscheid dem schon erwähnten Satze, daß das ganze bedingte Geschäft hinfällig werde, ja nie existiert habe, wenn sich zur Zeit des Bedingungseintritts ein Hindernis entgegenstelle; denn, sagt er, wenn die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft hätte, so müßte in einem solchen Falle das Rechtsverhältnis wenigstens zur Zeit der Willenserklärung existent gewesen sein. Das Gegenteil aber beweisen die von Windscheid zitierten Quellenstellen [99.], vor allem die L 8 pr. D. de peric. (18, 6), die die Frage beantwortet, wer bei einem suspensiv bedingten Kauf, die Gefahr trage, wenn dessen

98. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 21.
99. L. 31 pr. D. de nov. (46, 2).

Gegenstand zwar nach Geschäftsabschluß aber vor Bedingungseintritt untergehe. Der Jurist entscheidet folgendermaßen: er läßt den Käufer den Kaufpreis behalten „ . . . . . quod pretii solutum est, repetitur . . . . .“ und spricht dem Verkäufer die Früchte der Zwischenzeit zu „ . . . . . et fructus medii temporis venditoris sunt . . . . “. Das hieße also auf unsere Frage bezogen: der Kaufvertrag hat nie bestanden oder **die rückwirkende Kraft wird geleugnet** und zwar nicht nur speziell für diese Frage sondern ganz allgemein.

Dieses bei der Suspensivbedingung gefundene Resultat setzt Windscheid nun zur Resolutivbedingung in Beziehung [100]). Er wendet es nicht einfach auf die Resolutivbedingung als „etwas der Suspensivbedingung Identisches“ an, da er ja die Resolutivbedingung nur als eine der Suspensivbedingung entsprechende Erklärung ansieht. Vielmehr überträgt er die gefundenen Grundsätze auf die Resolutivbedingung als auf „ein Ding gleicher Wesenheit“. Die Uebertragung führt ihn aber merkwürdigerweise zu dem gerade entgegengesetzten Resultat: er spricht im Gegensatz zur Suspensivbedingung der Resolutivbedingung die rückwirkende Kraft zu, und zwar unterscheidet er hier klar die ipso-iure-Wirkung und die Rückwirkung. Er kommt zu diesem eigenartigen Ergebnis durch konsequente Uebertragung der Grundsätze der aufschiebenden Bedingung im oben angeführten Sinne. Er sagt nämlich folgendermaßen: Die erfüllte auflösende Bedingung sei der ausfallenden aufschiebenden Bedingung gleichzustellen, da in beiden Fällen das Geschäft hinfällig werde. Warum man nun in dem einen Falle die auflösende, in einem anderen die aufschiebende Bedingung wähle, vielleicht weil man in dem einen Fall den Bestand des Geschäftes als wahrscheinlicher ansehe — jedenfalls könne man sagen, daß der, der ein resolutiv bedingtes Geschäft abgeschlossen habe, bei Eintritt der Bedingung ebenso dastehe, wie der, der unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen habe bei Ausfall der Bedingung: in beiden Fällen sei nicht gewollt, d. h. also für die auflösende Bedingung, „daß alles so gehalten werden muß, als wenn nie ein Wille erklärt worden wäre“ oder: **die erfüllte auflösende Bedingung hat rückwirkende Kraft.**

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses belegt Windscheid nun im folgenden mit einer Reihe von Quellenstellen. Er geht zunächst auf die **unmittelbare, d. h. ipso-iure-Wirkung** der erfüllten Resolutivbedingung ein, die er ihr aber nur bei den sogenannten Konsensualkontrakten zuspricht [101].), während sie bei den übrigen Verträgen nur eine indirekte Wirkung äußere insofern, als sie lediglich eine obligatorische Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes gewähre [102].). Zwar ist auch diese Ansicht

100. Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 24 ff.
101. daselbst, S. 25, ebenso.
102. Lehre von der Voraussetzung, S. 150.

angegriffen worden, z. B. von Riesser, aber Windscheid scheint sich hier auf die damals herrschende Meinung zu berufen, da er für diese Frage keine Quellenstellen oder eine Begründung angibt.

Jetzt legt sich Windscheid die Frage vor, ob der Vertrag durch Erfüllung der Bedingung nicht nur **unmittelbar** sondern auch **rückwärts** aufgelöst werde. Er bejaht sie an Hand verschiedener Quellenstellen [103]). Hervorzuheben ist besonders die l. 4 pr. D. de lege commiss. (18, 3), in der die Frage behandelt wird, ob der Verkäufer bei der lex commissoria die Früchte der Zwischenzeit und Ersatz für Beschädigungen mit der actio venditi erlangen könne, wenn der Käufer nicht zahle. Ulpian verweigert die actio venditi, nach Windscheids Ansicht aus dem Grunde, weil der Kauf **von Anfang an aufgelöst** sei. Würde nämlich seine Auflösung erst vom Bedingungseintritt datieren, so würde Ulpian wohl keine Bedenken getragen haben, die actio venditi zu geben. Also werde durch die Erfüllung der Resolutivbedingung der Vertrag **unmittelbar und rückwärts**, also mit voller rückwirkender Kraft aufgelöst.

Dieses Ergebnis ist aber nach Windscheids noch folgenden Ausführungen nur auf das bedingte Recht selbst, nicht auf die Früchte der Zwischenzeit anwendbar, sodaß sich das Resultat seiner Lehre folgendermaßen darstellt: Windscheid **lehnt** die rückwirkende Kraft der **Suspensivbedingung** ohne Einschränkung und für alle Fälle ab, bei der **Resolutivbedingung erkennt** er sie bezüglich des bedingten Rechts **voll an**, während er bezüglich des Erwerbes der Zwischenzeit nur einen obligatorischen Herausgabeanspruch für gegeben hält.

Die Beweisführung Windscheids bezüglich der rückwirkenden Kraft der **Resolutivbedingung** scheitert aber m. E. gerade an dem Punkte, den zu erklären sie sich zum Ziel gesetzt hat. Windscheid übersetzt nämlich zu Unrecht in der oben zitierten l. 4 pr. D. de lege commiss. (18, 3.) finire nicht mit „endigen", „beenden" sondern mit „auflösen von Anfang an" und erhält dadurch einen wesentlich anderen Sinn. „Auflösung von Anfang an" bedeutet doch Vernichtung aller Wirkungen sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft, während „Endigen" nur Unwirksamwerden der Rechtsfolgen für die Zukunft bewirkt, die Vergangenheit dagegen unangetastet läßt.

Auch die zweite Behauptung Windscheids, die ihn vielleicht zu dieser Übersetzung veranlaßt haben mag, ist m. E. nicht stichhaltig. Nach Windscheids Ansicht hätte nämlich Ulpian in der zitierten Stelle bei **Auflösung vom Bedingungseintritt** an dem Verkäufer die actio venditi zusprechen müssen, da der Kaufvertrag doch bestanden habe. Muß die actio venditi tatsächlich gegeben werden, wenn man die Rückwirkung verneint? Der Vertrag bestand doch vom

103. Wirkung der erfüllten Bedingung, S. 28/92.

Geschäftsabschluß bis zum Bedingungseintritt, geklagt wird aber nach Bedingungseintritt, also zu einer Zeit, als kein Vertrag mehr vorhanden ist, auch dann nicht, wenn alle Rechtswirkungen erst mit Bedingungseintritt vernichtet werden. Also konnte Windscheid aus der Tatsache, daß Ulpian die actio venditi verweigerte, nicht auf Rückwirkung schließen.

Der zweite, der sich in jener Zeit mit dem Problem der Rückwirkung beschäftigt, ist Fitting in seiner 1856 erschienenen Schrift: Ueber den Begriff der Rückziehung. Fitting kommt hier, was die Bedingung angeht, zu keinem endgültigen Ergebnis. Das will er auch nicht. Er will nur den Begriff der Rückwirkung klären, um eine geeignete Unterlage für die später erfolgenden Untersuchungen über die Bedingung geschaffen zu haben. Daß er dabei über zwei Arten bedingter Rechtsgeschäfte, nämlich das Legat und die bedingte Freilassung Ausführungen macht und über sie sogar zu einer Entscheidung kommt, wie weiter unten zu behandeln ist, nämlich zur Ablehnung der rückwirkenden Kraft der Bedingung, ist durch seine Beweisführung gegeben.

Fitting versucht zunächst unter Ausschaltung der bedingten Rechtsgeschäfte, die uns in zwei Quellenstellen des Marcian und Paulus überlieferte Begriffsbestimmung der Rückwirkung durch Vergleichung und Gegenüberstellung der mannigfach im römischen Recht vorhandenen Pendenzverhältnisse zu rechtfertigen und aus ihnen eine auch für das gemeine Recht brauchbare und zutreffende Definition zu bilden. Die eine, kürzere dieser Begriffsbestimmungen lautet [104.]: „Quaedam sunt, in quibus **res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est,** d. h. es handelt sich um einen Fall, in dem erst, wie auch in dem zweiten von Fitting angezogenen Beispiel, [105.] „durch einen späteren Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird“ [106].

Fitting führt als Pendenzverhältnisse das ius postliminii mit der fictio legis Corneliae an, zwei Rechtsdichtungen, die den in Gefangenschaft geratenen und dadurch unfrei gewordenen römischen Bürger mit der Rückkehr aus der Gefangenschaft von selbst wieder in seine frühere Stellung als römischer Bürger einsetzen, bzw. ihn, wenn er in der Gefangenschaft stirbt, als im Zeitpunkt der Gefangennahme gestorben betrachten, da man keine Sklaven beerben konnte. Zweites Beispiel ist das peculium castrense, das vom Haussohn im Kriegsdienst erworbene Vermögen, das je nachdem, ob der Sohn mit oder ohne Hinterlassung eines Testamentes stirbt, als Vermögen des Sohnes oder des Vaters behandelt wird. Andere Beispiele

104. L 15 D. de reb. dub. Marcianus (lib. II Regularum).
105. L 98 § 3 D. de solut. Paulus (lib. XV Quaestion).
106. Fitting, Rückziehung, S. 6.

folgen: Nießbrauch an einem Sklaven, an einer Herde, die querela inofficiosi testamenti und andere mehr.

An allen diesen Beispielen zeigt Fitting, daß „ein Zustand der Ungewißheit, des Zweifels, besteht, der erst durch den Ausfall eines späteren Umstandes verschwindet“ 107.), sei es, daß der in Gefangenschaft geratene römische Bürger zurückkehrt oder daß er als Sklave stirbt, sei es, daß der Haussohn stirbt, ohne ein Testament gemacht zu haben, sodaß das Vermögen wieder als einfaches peculium angesehen und damit der Vater wieder rückwärts Eigentümer dieses Geldes wird. Damit hält Fitting den schlagenden Beweis dafür geliefert, „daß in der Tat das römische Recht allen Fällen der **Rückziehung** ganz gleiche Merkmale zuerkennt. **Wir finden stets einen Zustand der Schwebe, der Ungewißheit, des Zweifels, welcher erst durch die Gestaltung eines späteren Ereignisses bezeichnet wird.**“ 108.)

Im Zusammenhang mit dieser Begriffsbestimmung kommt Fitting auch auf einen Satz zu sprechen, den Windscheid zur Stütze seiner Lehre verwendet. Wenn nämlich die geschuldete Sache während des Schwebens der Bedingung untergeht, soll nie ein Rechtsverhältnis entstanden sein, und umgekehrt soll bei nachherigem, allerdings vor Erfüllung der Bedingung eintretendem Wegfall des zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestehenden objektiven Hindernisses die Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht gehindert werden. Fitting beweist nicht nur, daß dieser Satz mit seiner Ansicht von der Rückwirkung nicht im Widerspruch stehe, er weiß ihn sogar für seine Ansicht zu verwerten, indem er an dem Beispiel des peculium castrense nachweist, daß die Frage nach Möglichkeit und Umfang der Rückziehung in objektiver Hinsicht lediglich nach dem Zeitpunkt des späteren entscheidenden Ereignisses bestimmt werde 109.). Danach sei es den römischen Rechtsgelehrten bei der Frage nach der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes keineswegs fremd gewesen, „nicht die Zeit des Geschäftsabschlusses, sondern erst einen späteren Zeitpunkt in Rücksicht zu nehmen“ 110.).

Im Verlaufe der weiteren Betrachtung zieht Fitting dann aber Rechtsverhältnisse heran, die zwar auch eine Ungewißheit aufweisen, aber nicht den oben angeführten zu vergleichen seien. Aber hier beziehe sich die Ungewißheit nicht, wie bei der Rückwirkung, auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft. „Der entscheidende Umstand entscheidet nicht, ob ein Rechtsverhältnis **ist und war**, sondern ob es **wird.**“ 111.) Fitting bezeichnet diese Wirkung der Pendenz im Gegensatz zur **Rückwirkung** als **Vorwirkung.** Man habe diesen Unterschied zwar wohl schon geahnt, aber eine eigentliche

107. Fitting, Rückziehung, S. 16.
108. daselbst, S. 19.
109. daselbst, S. 20.
110. daselbst, S. 21.
111. daselbst, S. 22.

Gegenüberstellung habe er nirgends gefunden. Er erklärt diese Unklarheit, dieses Vermengen zweier grundsätzlich voneinander verschiedener Begriffe durch die äußere Aehnlichkeit, vor allem durch den Satz, daß sowohl bei Rück- als bei Vorwirkung die Zwischenverfügungen hinfällig werden.

Auch für die sogenannte Vorwirkung bringt Fitting Beispiele aus den Quellen. Als erstes Beispiel setzt Fitting den Fall [112]), daß ein Dieb die reifen Früchte eines Grundstückes, das im Nießbrauche eines anderen steht, abpflückt und entwendet, und fragt nun nach den Rechtsbehelfen, die dem Eigentümer und dem Nießbraucher zustehen. Er spricht nur dem Eigentümer die condictio furtiva zu, da in der Zeit zwischen der Trennung der Früchte und der Besitzergreifung durch den Nießbraucher der Eigentümer des Grundstücks unzweifelhaft Eigentümer der Früchte sei, es hier also keine vorläufige Ungewißheit des Eigentums gebe. Es handele sich hier also um eine **Vorwirknng.**

Nachdem Fitting noch an mehreren Beispielen ganz allgemein die Begriffe Rückwirkung und Vorwirlung voneinander getrennt hat, überträgt er das Resultat im letzten Kapitel seiner Schrift auf die Bedingung als Ueberleitung zu dem von ihm versprochenen Werk über die Bedingung. Zwar gibt er hier noch keine endgültige Entscheidung, obwohl er damals, wie ich aus seinen eigenen und den Worten anderer, z. B. Windscheids [113]) entnehme, Anhänger der Lehre von der rückwirkenden Kraft der Bedingung war; er will eine Alternativentscheidung geben: Wie wäre die Anwendung der gefundenen Erkenntnisse im einen wie im anderen Fall zu denken, in Wirklichkeit kommt er zu einer Eventualentscheidung: „ . . . . sollten wir etwa bei den Bedingungen keine Rückziehung finden . . . .„ [114]). Aus diesem Gedankengang heraus bespricht er nur die Anwendung der **Rückziehung** auf die Bedingung genauer. Da die Rückziehung sich immer nur als Verschwinden einer Ungewißheit, eines Zweifels darstelle, so dürfe man nicht die Bedingung als den Umstand ansehen, der die **Entstehung** des Rechtsverhältnisses **bewirke,** sie sei nur der **Erkennungsgrund,** der zeige, ob eine in der Vergangenheit liegende Tatsache vorhanden gewesen sei. „Es ist in allen Fällen der Rückziehung der entscheidende Umstand juristisch nicht das **Erzeugende,** dessen Erzeugnis gleichsam durch Zauberkraft sein Dasein bereits in die Vergangenheit erstreckte, sondern nur das **Bezeugende,** das uns über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluß gibt.“ [115]) Fitting legt also der erfüllten Bedingung keine konstitutive Wirkung bei, wie es Windscheid und andere tun, sondern will ihr nur deklaratorischen Charakter zusprechen.

112. L 12, § 5, D. de usufr. (7, 1).
113. Windscheid, Pandekten, § 91, Anm. 91.
114. Fitting, Rückziehung, S. 119, Nr. 80, III.
115. daselbst, S. 119, II.

Obwohl, wie oben schon dargelegt, Fitting seine Schrift nur als Vorarbeit für die Lehre von der rückwirkenden Kraft der Bedingung betrachtet, kommt er doch schon bei zwei Rechtsinstituten zu einer endgültigen Lösung: beim bedingten Vermächtnis und bei der bedingten Freilassung, und zwar zu einem seiner sonstigen Einstellung widersprechenden Ergebnis: zur Ablehnung der rückwirkenden Kraft der Bedingung. Ohne näher auf die Gründe einzugehen, die die Gegner zur Stützung ihrer Meinung herbeiziehen, entwickelt er seine Ansicht, daß in diesen Fällen Vor- nicht Rückwirkung eintrete, an Hand von Quellenstellen. L 1 Cod. an servus ex suo facto post manumissionem teneatur (4,14) wendet den römischrechtlichen Satz: aus Verbindlichkeiten, die ein Sklave während seines Sklavenstandes eingegangen ist, kann nach Freilassung nicht mehr geklagt werden, auf die bedingte Freilassung an und verweigert ausdrücklich auch nach Eintritt der Bedingung die Klagemöglichkeit. Daraus schließt Fitting auf **Vorwirkung**, denn, wenn Rückwirkung einträte, wäre der Sklave mit der bedingten Freilassung frei geworden, und es wäre kein Grund vorhanden, die Klage zu verweigern. [116.)]

Das beim statuliber gefundene Ergebnis überträgt Fitting auf die bedingten Legate, zunächst auf das Vindikationslegat, dann unter Anführung neuer Quellenstellen auf das Damnationslegat. [117.)]

Je mehr sich Fitting mit der rückwirkenden Kraft, speziell mit der Bedingung beschäftigt, desto stärker wird sein Widerspruch gegen die herrschende Lehre. In einem Aufsatz: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht [118.)] bestreitet er die Rückwirkung bei der bedingten Eigentumsübertragung. Er beweist diese Ansicht zunächst für die resolutiv bedingte Eigentumsübertragung an Hand einer die Entwicklung der Bedingung enthaltenden Darstellung dahingehend, daß in den Quellen nur von einer obligatorischen Wirkung die Rede sei, nicht von einer dinglichen. Daß auch bei der suspensiv bedingten Eigentumsübertragung keine Rückwirkung, sondern Vorwirkung anzunehmen ist, läßt sich wie Fitting behauptet, von selbst aus dem für die Resolutivbedingung gefundenen Resultat ableiten. Wie er sich das genauer denkt, sagt er hier nicht, wohl gibt er in seiner Schrift: Ueber den Begriff der Rückziehung eine Darstellung dieser Vorwirkung bei dinglichen Rechten, hauptsächlich beim Eigentum. [119.)]

Im Fall der Vorwirkung werde nicht wie bei der Rückwirkung das Eigentum der Zwischenzeit vernichtet und die vom Zwischenberechtigten getroffenen beeinträchtigenden Verfügungen aus dem Grunde nichtig, weil sie von einem Nichteigentümer getroffen seien.

116. Fitting, Rückziehung, S. 35, Nr. 27.
117. daselbst, S. 37—45.
118. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. II, S. 255, Anm. 79,
119. Fitting, Rückziehung, S. 64 und 65, Nr. 47.

Vielmehr sei der Zwischenberechtigte für die Zwischenzeit wahrer Eigentümer gewesen und bleibe es auch. Und doch würden seine Verfügungen hinfällig. Den Grund dafür sieht Fitting in der Gebundenheit der Sache, die sich als die objektive Eigenschaft der Sache darstelle, „infolge eines späteren Ereignisses in das Eigentum eines anderen zu fallen“ 120.), d. h. das Eigentum ist ein objektiv in sich beschränktes. Werde solches beschränktes Eigentum weiter übertragen, so komme man vermöge des Satzes: Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet zu dem Ergebnis, daß auch das vom Zwischeneigentümer übertragene Eigentum den Todeskeim in sich trage und mit dem Augenblicke erlösche, in dem das Eigentum des Zwischenberechtigten vernichtet werde.

Auch bezüglich bedingter Forderungen, deren rückwirkende Kraft Fitting in seiner „Rückziehung“ 121.) noch betont, hält er seine Meinung nicht aufrecht. Er sagt selbst, nachträglich seien ihm wieder Zweifel aufgetaucht. 122.)

Aus der eben gegebenen Darstellung erhellt, daß Fitting an sich selbst die Entwicklung durchgemacht hat, die das ganze Problem nahm: von der Anerkennung der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung zur Verneinung. Obwohl Fitting nicht bis zu dieser schroffen Ablehnung vorgeschritten ist, vielmehr bei einzelnen Instituten noch Rückwirkung anerkennt, kann man ihn nicht mehr zu den Verfechtern der ursprünglich herrschenden gemeinrechtlichen Lehre zählen.

In dem nächsten Jahre erschien über diese Streitpunkte keine weitere Spezialliteratur. Nur in den Lehrbüchern wurden sie berührt und meist in Uebereinstimmung mit Fitting gelöst. Erst in den 70er Jahren trat die Streitfrage wieder in den Vordergrund. Ihre Behandlung ist jetzt nicht so unübersichtlich wie in den Jahren vorher, als man so vielfach aneinander vorbeiredete, da der Begriff der Rückwirkung kein fester war, sondern von jedem Schriftsteller anders ausgelegt wurde. Jetzt nimmt die ganze Streitfrage ihren Ausgangspunkt von der Frage: Liegt in jeder condicio ein dies? und je nach der verschiedenen Beantwortung dieser Frage entscheidet sich die Ansicht bezüglich der Rückwirkung: wer den dies bejaht, muß zur Ablehnung der Rückwirkung kommen, wer ihn verneint, muß der Bedingung rückwirkende Kraft zuerkennen.

II

Abhängigmachung der Entscheidung über die rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung von dem Vorhandensein einer Befristung in der Bedingung.

---

120. Fitting, Rückziehung, S. 65.
121. daselbst, S. 52—61.
122. Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. II. S. 255, Anm. 79.

Koeppen [123.] wirft garnicht erst die Frage auf, ob die condicio einen dies enthalte, sondern stellt die Entscheidung ganz auf den Willen der Parteien ab. Läßt sich der Parteiwille nicht ermitteln, so gibt er folgende Auslegungsregeln. Bei der Suspensivbedingung unterscheidet er zunächst obligatorische und dingliche Geschäfte. Bei dem obligatorischen Geschäft macht er die Entscheidung über die rechtliche Behandlung von der Beantwortung der Frage abhängig, ob die **gegenwärtige** oder die **künftige** Existenz der Forderung ungewiß sein solle. Im ersteren Fall sieht er eine reine Bedingung, der die Rückwirkung innewohne, im zweiten Fall enthalte die condicio einen dies incertus. Hier gestalte sich bis zum Eintritt der Bedingung alles wie bei der bedingten Obligation, da das bedingte und betagte Geschäft als ungewisses dem bedingten gleiche, von da an übe jede Nebenbestimmung ihre eigene Wirkung aus: die condicio die, daß das Geschäft als unbedingt abgeschlossen angesehen werde, der dies die, daß die Vollendung des Geschäftes nicht zurückbezogen werde.

Ebenso wie bei der bedingten Obligation gestalte sich die Rechtslage bei der bedingten Eigentumstradition. Der dinglich Berechtigte erhalte ein dingliches Recht auf ipso-iure-Uebergang des Eigentums, diese entstehende spes sei begonnenes Eigentum. Der Berechtigte könne alle Geschäfte über die bedingt übertragene Sache schließen, deren Gültigkeit das Eigentum voraussetzt. Für den bedingt Belasteten bedeute der begonnene Eigentumserwerb durch den Berechtigten einen begonnenen Eigentumsverlust. Er bleibe aber bis zur Vollendung des Verlustes, also bis zum Eintritt der Bedingung, Eigentümer und könne als solcher die Sache belasten und alle Rechte an ihr geltend machen [124.] Nach Erfüllung der Bedingung trete ebenso wie beim obligatorischen Recht im allgemeinen Rückziehung ein, d. h. der Berechtigte gilt vom Abschluß des bedingten Begründungsgeschäftes als Eigentümer, für den Fall aber, daß die Parteien die Bedingung mit einem dies kombiniert hätten, verhindere der dies incertus die Rückziehung.

Bei der Resolutivbedingung verneint Koeppen die Rückziehung — abgesehen davon, daß ein solcher Parteiwille ersichtlich ist —, weil die Resolutivbedingung einen dies incertus enthalte. Er folgert dieses aus dem Begriff der Bedingung als einer Bestimmung, „nach welcher das durch eine gleichzeitige Willenserklärung erzeugte Rechtsverhältnis beim Eintritt einer gewissen Tatsache wieder untergehe und . . . . . auch jede Wirkung seiner Existenz in der Zwischenzeit aufgehoben werden soll“, [125.] daß also die Existenz des Geschäftes gewiß, der künftige Untergang in pendenti sein solle. Würde man

123. Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in Iherings dogm. Jahrbüchern, Bd. 11, S. 130—393.

124. Koeppen. S. 180, 181.

125. daselbst, S. 190.

der Resolutivbedingung rückwirkende Kraft beilegen, so würde „sich die Ungewißheit über die **künftige Aufhebung** des Rechtsverhältnisses umwandeln in eine Ungewißheit über seine **gegenwärtige Existenz“.** 126.) Darum läßt Koeppen aus dem resolutiv bedingten Geschäft zwei bedingte Rechte entstehen, ein dingliches, nämlich die spes des Berechtigten, z. B. des Verkäufers auf Rückfall des Eigentums, der mit Vollendung des begonnenen Eigentums, der spes, eintritt und ein obligatorisches auf Zession aller noch nicht angestrengten Klagen und Tradition der in der Zwischenzeit gezogenen Früchte, da nicht das gegenwärtige Eigentum, z. B. des Käufers, sondern das zukünftige Eigentum, z. B. des Verkäufers in pendenti sei, also auch alle vom Käufer vorgenommenen Belastungen nicht verschwänden, als ob sie nie bestanden hätten, sondern nur zugleich mit dem Eigentum endigten.

Koeppens Lehre — zu so praktisch brauchbaren Ergebnissen sie auch führen mag — scheitert m. E. an der unmöglichen Auffassung vom bedingten Rechtsverhältnis, daran, daß er der spes Wirkungen zuschreibt, die sie nie haben kann. Das zeigt sich am besten in seiner Auffassung von der suspensiv bedingten Eigentumstradition. Hier bezeichnet er die spes als begonnenen Eigentumserwerb auf der einen, der Empfängerseite, und begonnenen Eigentumsverlust auf der anderen, der Belastetenseite. Wie Koeppen sich dieses Verhältnis denkt, ist mir nicht ganz klar. Wie soll ein solches Abnehmen des Eigentums auf der einen und Anwachsen auf der anderen Seite — wenn es auch theoretisch möglich gedacht werden könnte — in praxi aussehen und sich auswirken? Man kann es nicht analog dem Nießbrauch behandeln, da der Nießbrauch sich als Uebertragung der Nutzungen darstellt, das Eigentum aber unberührt läßt. Hier bei der bedingten Eigentumsübertragung wird aber nach Koeppens Ansicht gerade das Eigentum angegriffen und verändert, während das Charakteristikum des Nießbrauchs: Uebertragung der Nutzung, nicht immer erforderlich ist. Auch an römischrechtliches Miteigentum zu ideellen Quoten kann nicht gedacht sein; denn die Quote liegt auf keiner Seite fest. Wir haben es ja mit sich entwickelndem Eigentum, sei es zum Untergang, sei es zum vollständigen Entstehen, zu tun. Außerdem kann hier jeder über das Ganze verfügen, während Miteigentümer Gesamtempfangsberechtigte sind, d. h. nur an sie gemeinsam geleistet und die Leistung nur an alle verlangt werden kann. Auch noch aus einem anderen Grunde halte ich die Konstruktion Koeppens für unmöglich: Koeppen verwickelt sich in einen Widerspruch, indem er zwar von begonnenem Eigentumsverlust bzw. -erwerb spricht, trotzdem aber den, der schon von seinem Eigentum verloren hat, noch alle Befugnisse eines Eigentümers (Verfügungsfreiheit, alle Klagen usw.) gibt, also alle Prädikate, die zum Eigentümer stempeln, verleiht und trotzdem von Nichtvolleigentümer redet.

126. Koeppen, S. 191.

Eisele [127.] mißt der oben besprochenen Kontroverse „Bedingung — condicio — dies“ nur geringe Bedeutung bei, da er das Vorhandensein des dies in der Bedingung nicht als alleinigen Grund zur Ablehnung der Rückwirkung ansieht, sondern nur als eine nicht uninteressante Stütze seiner auf Grund seiner Begriffsbestimmung von der Bedingung gefundenen Ansicht bezeichnet.

Eisele definiert die Bedingung „als Schwächung der Intensität des Willens, von diesem selbst dadurch gesetzt, daß er ein zukünftiges, auch subjektiv ungewisses Ereignis als ein ihn bestimmendes in sich aufnimmt“. [128.] Der Wille setze mit der Setzung der Bedingung zugleich sich selbst und damit die **Möglichkeit** seiner Realisierung, während die **Wirklichkeit** der Realisieruug gehemmt, vom ungewissen Eintritt des zukünftigen Ereignisses abhängig sei. Seine volle Wirksamkeit erlange der Wille im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung, da dann das nunmehr entschiedene Ereignis dem Willen als Grundlage dienen könne. So wenig eine Tatsache, nämlich das in der Bedingung gesetzte Ereignis als Tatsache vorher existierte, ebensowenig könne der Wille vor seinem Wirksamwerden im Moment des Bedingungseintritts Wirksamkeit gehabt haben: **die Bedingung hat keine rückwirkende Kraft.**

Zweiter Grund ist die Absicht der Parteien, die nach Eisele mit Fitting, aber im Gegensatz zu Koeppen, nicht auf Rückwirkung gerichtet sei. An einem Beispiel zeigt er die Widersinnigkeit einer solchen Annahme. A kauft ein Gut unter der Bedingung, daß eine Eisenbahn in der Nähe des Gutes gebaut werde. Wenn ihm nach Vollendung des Baues eröffnet würde, er sei vom Abschluß des Geschäftes an Eigentümer gewesen, müsse daher den Kaufpreis von diesem Augenblick an verzinsen, sich aber mit den mageren Einkünften dieser Zeit begnügen, so würde er darüber nicht sehr erfreut sein. Würde man ihm aber sagen, das sei doch seine Absicht gewesen, so würde er einem wahrscheinlich ins Gesicht lachen.

Den dritten, aber in seinen Augen schwächsten Grund, gewinnt Eisele aus der oben berührten Kontroverse über das Vorhandensein des dies in der condicio. Er lehnt es ab, in der condicio einen dies zu erblicken. Man könnte einen dies allenfalls bei der **erfüllten** Bedingung rechtfertigen, denn der dies könne weder defizieren noch pendieren, niemals stecke der dies von vornherein in der Bedingung. Wo aber komme er plötzlich bei der erfüllten Bedingung her? Eisele sucht nun nicht den dies **in** der condicio, sondern stellt sie **nebeneinander**, untersucht ihre Eigentümlichkeiten und kommt zu dem Ergebnis, daß sie sich in einem Moment, nämlich nach Eintritt der Bedingung und des Termins derartig ähneln, daß man

---

127. Eisele, Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung, im Arch. f. ziv. Pr., Bd. 50, S. 253—327.
128. daselbst, S. 262.

die condicio impleta für den dies, qui venit setzen könne. „Indifferenz der condicio impleta und des dies, qui venit stimmt mit unserer Theorie" — nämlich der Ablehnung der rückwirkenden Kraft der Bedingung — „aufs Genaueste überein: ja, es ist dies nur eine andere Wendung für den Satz, daß die erfüllte Bedingung nicht zurückwirkt". [129.)]

Demgegenüber betont v. Scheurl [130.)] wieder die Trennung der Bedingungen in eigentliche und mit Befristung verbundene. Er versteht unter Rückwirkung die Wirkung des Bedingungseintritts, „alle Folgen wieder aufzuheben, die die durch das Schweben der Bedingung verursachte Nichtwirklichkeit, die Möglichkeit des bedingt erzeugten Rechtsverhältnisses hervorgebracht hat." [131.)] Der Entscheidung, ob im Einzelfall die reine oder gemischte, d. h. mit Befristung verbundene Bedingung gemeint sei, legt er die Parteiabsicht zugrunde. Haben die Parteien ein Rechtsgeschäft unter einer eigentlichen Bedingung abgeschlossen, d. h. „die Wirksamkeit des erklärten Willens an eine künftige Tatsache **ohne** Rücksicht auf deren **Verhältnis zur Zeit** gebunden", [132.)] so müsse zwar die Erfüllung der Bedingung **abgewartet** werden, ehe das bedingte Recht geltend gemacht werden könne, mit dem Augenblicke des Bedingungseintritts aber werde es als ein bereits damals, als nämlich die Möglichkeit seines Ent- und Bestehens begann, wirklich entstandenes behandelt. Der Aufschub des Wirksamwerdens bis zum Bedingungseintritt sei hier aber nicht Absicht der Parteien, er sei eine notwendige Folge, die die Parteien sich gefallen lassen müßten. Und darum liege „die Aufhebung der Folgen des von ihnen in der Tat nicht beabsichtigten Aufschubs der Verwirklichung des von ihnen gewollten Rechtsverhältnisses nach dem Eintritt der Bedingung, soweit sie möglich ist, wirklich in ihrem Willen." [133.)] Aus diesem Grunde erkennt v. Scheurl für die reine Suspensivbedingung die Rückwirkung an, während er sie für die gemischte, d. h. für die mit einer Befristung verbundene Bedingung ablehnt. Die Befristung brauche nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, es genüge, wenn der Befristungswille erweislich sei, aber es sei nicht anzunehmen, wie z. B. Windscheid [134.)] lehre, daß die Bedingung im Zweifel eine Befristung enthalte, „sondern ihr Enthaltensein darin nach dem Willen des Erklärenden muß **bewiesen** werden, weil die Bedingung **an sich** die Verwirklichung des Willens mit der Bedingungstatsache ohne Rücksicht auf ihr

---

129. Eisele, S. 274.
130. v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
131. daselbst, S. 241, § 60.
132. daselbst, S. 183.
133. daselbst, S. 192. § 53.
134. Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 91.

Verhältnis zur Zeit in Verbindung bringt." [135] **Nur eine Bedingung,** nämlich die condicio, quae invito debitori impleri non potest habe die Vermutung, daß sie eine Befristung enthalte, für sich, da sie ihrem Wesen entspreche. [136] Darum sei Rückwirkung durch den Willen der Parteien ausgeschlossen. [137]

Auch der Resolutivbedingung spricht Scheurl, abgesehen von den Fällen der Befristung, rückwirkende Kraft zu. Da er, wie oben näher ausgeführt, die Resolutivbedingung als Bedingung des **Bestandes** des Rechtsgeschäfts, nicht als Bedingung der **Wiederauflösung** auffaßt, also den Bestand des Geschäfts ebenso wie bei der Suspensivbedingung als bloße Möglichkeit bezeichnet, als Gegenstand unsicherer Hoffnung, kommt er zu dem Schluß, daß durch den Eintritt der Resolutivbedingung diese Hoffnung zerstört werde, „daß es nun für immer bei dem Mangel wirklichen Bestandes des Rechtsgeschäftes bleibe, d. h. bei dem Mangel des wirklichen Bestands seiner rechtserzeugenden Wirkungen." [137] Damit spricht Scheurl der Resolutivbedingung rückwirkende Kraft zu.

Entgegengesetzt aber behandelt er die vom ihm sogenannte **reine** Resolutivbedingung, die condicio, quae invito debitori impleri non potest. Eine solche Bedingung werde zugunsten des Käufers eingeschoben im Gegensatz zur einfachen Bedingung, deren Folgen einen unvermeidlichen Nachteil für den Verkäufer darstellten, da sie den Bestand des Geschäfts bedrohten. Z. B. erhalte beim resolutiv bedingten Kauf auf Probe der Käufer das Recht, den Fortbestand seiner durch das Grundgeschäft hervorgerufenen objektiven und persönlichen Gebundenheit zu verhindern. Das Geschäft löse sich auf, wann und wenn der Verkäufer es wolle. Bis dahin sei es fest abgeschlossen, die Bedingung ermögliche „nur die **Wiederauflösung,** ohne seinen **Bestand** zu bedingen", daher „reine" Resolutivbedingung. [138] Folglich müsse man hier die rückwirkende Kraft verneinen.

Was zunächst die letzte Kategorie der reinen Resolutivbedingung angeht, so verwickelt sich Scheurl m. E. in einen Widerspruch. Wie oben dargelegt, betrachtet er gerade die Resolutivbedingung als Bedingung des **Bestandes** des Rechtsgeschäfts, wie kann er hier ein Geschäft, dessen Bestand garnicht bedingt ist, als resolutiv bedingt bezeichnen? Er dürfte folgerichtig diese ganze Kategorie nicht als Resolutivbedingung bezeichnen, wenn er nicht seiner Definition untreu werden wollte.

Einen zweiten Widerspruch sehe ich bei der Behandlung der resolutiv bedingten Eigentumstradition. Scheurl hat in einer Abhandlung über Fittings Begriff der Rückziehung [139] die Rückwirkung

135. v. Scheurl, S. 144.
136. daselbst, S. 218.
137. daselbst, S. 232, § 66.
138. daselbst, S. 234.
139. Kritische Ueberschau, Bd. V.

der Resolutivbedingung verneint und zwar, wie er in der Lehre von den Nebenbestimmungen sagt [140.]), aus dem Grunde, weil die Quellen immer von einem Aufhören der Rechte der Zwischenzeit sprechen, nicht von einem rückwärtigen Wegfall. Jetzt im letztgenannten Werk ist er der Ansicht, daß diese Ausdrucksweise nur dann zu Bedenken Anlaß gebe, wenn man Rück**ziehung** und nicht Rück**wirkung** annehmen würde. Rückziehung* tritt ein, wenn zwei entgegengesetzte Rechtsgeschäfte sich derartig in der Schwebe befinden, daß keins von beiden während der Schwebezeit eine Wirkung äußert und erst durch den Bedingungseintritt klar wird, welches von beiden Geschäften von Anfang an gültig und wirksam war, eine Konstruktion, wie Scheurl sie für die Rechtsbedingung annimmt. Mit der Rück**ziehung** würde sich allerdings der Ausdruck „Aufhören der Rechtswirkungen" nicht vertragen; denn es ist ja nichts da, was aufhören könnte. Wohl aber soll nach Scheurl's Ansicht Rück**wirkung** damit vereinbar sein und zwar so, daß die Rechtswirkungen aufhören sollen mit dem Augenblick des Bedingungseintritts, zugleich aber als sogleich bei ihrer Entstehung auch wieder erloschene behandelt werden. Das ist m. E. eine Unmöglichkeit. Sage ich nämlich, irgend etwas höre auf, so hat es eine Zeitlang bestanden und Wirksamkeit gezeigt. Erlischt etwas beim Entstehen, so ist es nie vorhanden gewesen. Es handelt sich also um zwei ganz verschiedene Dinge. Und sage ich auch nur mit einer Fiktion: es soll so behandelt werden, als ob es nie vorhanden war, weil man etwas Tatsöchliches nicht ungeschehen machen kann, so bleibt die Lücke die gleiche: entweder etwas, das Wirkung hatte, hört auf, also behält für die Zwischenzeit seine Wirkung oder ich behandle es als im Entstehen untergegangen, also nehme ihm für die Zwischenzeit die Wirkung: m. E. stehen sich Aufhören der Rechtswirkung und Rückwirkung diametral gegenüber.

Aehnliches Gewicht wie Scheurl legt auch Schulin [141.]) auf die mit einem dies kombinierte Bedingung. Seine Auffassung vom bedingten Rechtsverhältnis, nämlich die, daß durch Eintritt der Bedingung klargestellt werde, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft und ein bestimmtes Recht schon längst zustande gekommen sei, daß also die Bedingung **deklarative** Bedeutung habe, nicht konstitutive, habe mit der Frage der Rückwirkung nichts zu tun. Diese sei nur von dem Vorhandensein, bezw. Fehlen der Befristung in der Bedingung abhängig. Schulin kommt zum gleichen Ergebnis wie Scheurl, nämlich zur Anerkennung der rückwirkenden Kraft der Bedingung bei der reinen Bedingung, zur Ablehnung bei der gemischten, nur mit dem Unterschied, daß er die gemischte Bedingung für die häufiger vorkommende hält.

140. v. Scheurl; S. 238, § 68.
141. Schulin, Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine, S. 32 ff.

In den noch folgenden Abhandlungen, in Lehrbüchern und Besprechungen dieser Abhandlungen macht sich nach allem Kampf und aller Unklarheit immer mehr ein versöhnlicher Charakter geltend. Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung ist in seinen Grundfesten erschüttert, vielleicht kann man schon das Gegenteil, die Ablehnung, als herrschende Meinung bezeichnen. Aber trotzdem gehen die Ansichten noch so weit auseinander, so oft redet man offensichtlich aneinander vorbei, daß kaum eine Einordnung der einzelnen Ansichten möglich ist. Grund dieser Zersplitterung und des trotz des gemeinsamen Weges ebenso heftigen Kampfes ist die Tatsache, daß jeder unter den angewandten Begriffen, vor allem unter dem umstrittensten „Rückwirkung" etwas anderes versteht. Aus dieser Erkenntnis heraus und mit dem guten Willen, hier Klarheit zu schaffen, kommt Hartmann [142.)] dazu, „in gewissem beschränkten Sinne ganz allgemein" von Rückwirkung der Bedingung zu sprechen, indem er nichts weiter darunter versteht, „als daß durch ihren Ausfall entschieden wird, ob die objektive rechtliche Grundlage, die durch den älteren Willensakt gelegt war, zusammenfällt oder ob dieser ältere Willensakt nunmehr zum Quell eines wirklichen Rechtsverhältnisses gestaltet wird". Sehr oft verstehe man unter Rückwirkung eine eigentümliche Steigerung der Wirkungen der Bedingung in dem Sinne, als ob das Rechtsverhältnis selbst schon vor Bedingungseintritt existiert habe.

Auch Windscheid greift vermittelnd in den Streit der Meinungen ein. „Vielleicht trägt es zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei, wenn mit Energie darauf hingewiesen wird, daß auch nach Erfüllung der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rechtlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser Kraft verleiht". [143.)] Wolle man diese als Rückwirkung bezeichnen, so habe er, der Verneiner der Rückwirkung im gewöhnlichen Sinne, nichts gegen sie einzuwenden. Nur dürfe man bei dem Worte Rückwirkung nie daran denken, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Schwebezeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwebens der Bedingung gewesen sei.

Man geht in dem Bestreben, Klarheit und Einheitlichkeit zu schaffen, noch weiter. Man fragt sich, ob die Schaffung klarer Begriffe und die damit Hand in Hand gehende Verallgemeinerung der Frage überhaupt möglich ist. Müssen hier nicht die Antworten mit Rücksicht auf die Parteiabsicht in jedem Einzelfall verschieden sein? Adickes [144.)] verwirft aus dieser Ueberlegung heraus jede

---

142. Hartmann, Kritische Vierteljahrsschr., Bd. 13, S. 228.
143. Windscheid, Pandekten, § 91, Anm. 1;
ähnlich Windscheid, Heidelberger Kritische Zeitschr., Bd. IV, S. 38.
144. Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen, S. 169.

Behandlung der Frage im Allgemeinen Teil eines Gesetzbuches. Er will bei den einzelnen bedingten Geschäften genaueres Eingehen.

§ 11: **Die Lehre des BGB.**

Das BGB. hat trotz allen Widerspruchs und Widerstandes in seinem Allgemeinen Teil in einigen wenigen Paragraphen eine Regelung der Bedingung getroffen und kurzerhand eine ganze Reihe von Streitfragen des gemeinen Rechts geklärt, ohne aber — wie das bei der Größe und Wichtigkeit des Stoffes auch garnicht anders zu erwarten war — in der Behandlung Erschöpfendes und allgemein Befriedigendes zu geben.

Schon im Entwurf I war die Streitfrage nach der dinglichen Wirkung dahin geklärt, daß man die **ipso-iure-Wirkung** bejahte. [145.)] Zwar war auch die Ansicht vertreten, daß man dem Rückfallsberechtigten bei Erfüllung der Bedingung nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung gegen den Belasteten geben dürfe, aber man hat im Anschluß an die Lehre des gemeinen Rechts dem ipso-iure-Rückfall den Vorzug gegeben mit der Begründung, daß der Rückfall ipso iure im Wesen der Resolutivbedingung liege und daß, falls die Parteien nur einen obligatorischen Anspruch geben wollen, ein unbedingter Vertrag mit nachfolgendem suspensiv bedingten Nebenvertrag vorliege. [146.)] Die **Rückwirkung** dagegen im eigentlichen Sinne, d. i. die Rückwirkung mit dinglicher Kraft, hat man schon im E. I abgelehnt. Zwar wurde ein Antrag eingebracht, wonach bei auflösender Bedingung im Zweifel die Rückziehung der rechtlichen Wirkung auf die Zeit der Vertragsschließung als gewollt anzusehen sein sollte. [147)] Er wurde aber abgelehnt mit der Begründung, daß die Rückziehung bei der Resolutivbedingung als Parteiabsicht nur in einzelnen Fällen begründet sei. Außerdem sei es sehr oft schwer zu erkennen, ob eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung von den Parteien gewollt sei, und daher sei eine unterschiedliche Behandlung der beiden nicht ratsam. Der Parteiabsicht trägt übrigens der § 130 E. I, der jetzige § 159 im weitesten Maße Rechnung, der es ermöglicht, der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende, wenn auch nur innerhalb der Parteien rückwirkende Kraft beizulegen. Aus der endgültigen Fassung, dem § 158 BGB.:

> „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endigt mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäftes; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein"

---

145. Entwurf I, § 129.
146. Protokolle § 130, S. 762;
     Motive, I, S. 492.
147. Protokolle, Allgem. Teil, S. 762 unten.

ergibt sich:

1) die **Verneinung der Rückwirkung:** die Wirkung des Rechtsgeschäfts **endigt,** d. h. mit dem Augenblicke des Bedingungseintritts für die Zukunft;
2) die **Bejahung der ipso-iure-Wirkung: der frühere Rechtszustand** tritt wieder ein, d. h. so, daß es keiner Mitwirkung der Parteien bedarf.

Für diese Regelung des BGB. sprach aber nicht nur der Stand der Lehre im gemeinen Recht, sondern auch die Tatsache, daß nur bei Behandlung der Frage im genannten Sinne den Anforderungen des Verkehrs nach größtmöglichster Rechtssicherheit, Billigkeit und Leichtigkeit der Handhabung genügt werde. Bei der Verneinung der Rückwirkung im eigentlichen Sinne springt dieses Bestreben sofort in die Augen; denn einerseits hat man es vermieden, vorhandene Rechtswirkungen rückwärts zu ändern und auf den Kopf zu stellen bzw. durch eine Fiktion zu beseitigen und dadurch entfernt beteiligte Dritte zu treffen, andererseits hat man durch den § 159 den Parteien untereinander die Möglichkeit der Rückziehung auf einen bestimmten Zeitpunkt im vollen Umfange gegeben. Schwerer verständlich dagegen ist die Bejahung der ipso-iure-Wirkung, da sie gerade das bewirkt, was man bei der Rückwirkung umging, nämlich die Beeinträchtigung Dritter dadurch, daß nach § 158, II die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts ipso iure endigt und damit nach § 161 alle Zwischenverfügungen ungültig werden. Der § 161 ist aber, wie oben näher dargelegt, der einzige durchgreifende Schutz des Berechtigten gegen Verfügungen des Belasteten und ist als solcher wohl zu billigen, wenn ihm auf seiten des Dritten ein gleiches Sicherungsmittel gegenübersteht. Dieses findet sich im § 161, Abs. III, der die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für entsprechend anwendbar erklärt.

Diese Vorschrift genügt nun, wie oben ausführlich dargelegt, für alle sachenrechtlichen Verfügungen. Aber wie wirkt die dingliche Kraft der Bedingung auf die Zession? Hier finden die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb keine Anwendung, da schon bei der unbedingten Zession kein gutgläubiger Erwerb möglich ist. Und doch ist der Fall denkbar und praktisch möglich, daß ein Zessionar sich durch Einsicht in Urkunden, Schuldscheine, Grundbuch usw. vom Dasein der Forderung überzeugt hat, aber von der Resolutivbedingung nichts weiß. Hier wirkt dann der Untergang bei Eintritt der Bedingung im höchsten Maße unbillig. Aber soll man ein ganzes verkehrsnotwendiges Institut fallen lassen, weil es in dem einen oder anderen Fall unbillige Folgen hat? M. E. hilft über diese Härte die Ueberlegung hinweg, daß man sich beim Erwerb von Forderungen in jedem Falle, handle es sich um unbedingte oder bedingte, um unbefristete oder befristete Rechte, auf schwankendem, ungewissen Boden befindet.

Wie aber steht es mit solchen Belastungen, die keine rechtsgeschäftlichen Verfügungen in diesem Sinne darstellen, z. B. mit solchen Belastungen, die als gesetzliche die Sache beschweren, vor allem mit den gesetzlichen Pfandrechten, z. B. zunächst denen des BGB.: des Werkunternehmers an der zu bearbeitenden Sache oder dem hergestellten Werk, des Pächters am mitgepachteten Inventar, des Vermieters, Verpächters und Gastwirts an den eingebrachten Sachen, ferner denen des Handelsrechts z. B. des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers und Verfrachters? Diese Pfandrechte entstehen kraft Gesetzes, d. h. ohne, ja gegen den Willen der Parteien und bergen daher große Gefahren in sich. Dadurch, daß sie entstehen und bestehen, bedrohen und schmälern sie das Recht des bedingt Berechtigten, wollte man sie dagegen für bedingte Rechtsgeschäfte ausschalten, so würde man in vielen Fällen dem Gläubiger wenn nicht den einzigen, so doch vielleicht den wirksamsten Schutz nehmen. Wer soll hier der leidende Teil sein, da doch ein Nebeneinanderstehen der beiden Rechte ohne gegenseitige Beeinträchtigung nicht möglich ist? Besonders brennend, aber auch besonders klar und deutlich wird diese Frage in dem Falle, wo dem Pfandgläubiger das fehlt, was ihn als solchen kenntlich macht, was gleichzeitig seine Waffe gegen Angriffe Dritter ist und was ihm die Möglichkeit gibt, sein Recht durchzusetzen: der Besitz.

Wegen dieser seiner Eigenschaft hat man das besitzlose Pfandrecht aus dem modernen Recht gänzlich ausmerzen wollen; denn im römischen Recht, das keinen Unterschied machte zwischen dem besitzlosen und dem mit Besitz verknüpften Pfandrecht, zwischen hypotheca und pignus, hatte man die verderblichen Folgen zwar gesehen, sie aber nie beseitigen können, da man das einzig mögliche Mittel, das Verbot des besitzlosen Pfandrechts, nicht anwandte. Und trotzdem enthält unser BGB. noch drei Fälle des besitzlosen gesetzlichen Pfandrechts: das Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts. Da ersteres das bei weitem wichtigste ist und die beiden anderen ihm in vielen Punkten ähneln, soll von ihm zunächst ausführlicher die Rede sein.

III. Kapitel.

Entscheidung von Streitfällen auf Grund der oben gewonnenen Resultate.

§ 12: Dingliche Wirkung und resolutiv bedingtes besitzloses Pfandrecht

A hat mit *B* abgemacht: er verkauft und überträgt dem *B* Wirtschaftsinventar für Mk 500.—. Alles das ist aber null und nichtig, wenn *B* die Wirtschaftskonzession nicht binnen drei Monaten erhält. Nach vier Monaten will *A* das Inventar, da die Konzession nicht erteilt ist, als ihm gehörig abholen. *C*, der Vermieter der Wohnung des *B* aber macht wegen rückständigen Mietzinses sein Pfandrecht geltend und verbietet die Herausschaffung.

Soll — die oben gestellte Hauptfrage auf den konkreten Fall angewandt nun der *A* das Vermieterpfandrecht auf seinem bedingten Recht dulden müssen oder nicht?

Es handelt sich hier um eine unter einer negativen auflösenden Bedingung nach § 929, Abs. II und § 158, Abs. II erfolgte Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen. Mit Abschluß des Vertrages erlangte der Käufer *B* das Eigentum an dem Inventar. Durch den Eintritt der Bedingung — Nichterteilung der Konzession — wurde *A* wiederum Eigentümer der Möbel und zwar

1. ipso iure, d. h. ohne daß es einer Rückübertragung durch *B* bedurfte,
2. ohne Rückwirkung, d. h. im Augenblick des Bedingungseintritts, d. i. nach Ablauf der 3 Monate nach Vertragsschluß.

Wie verhält es sich nun mit dem Pfandrecht? Zunächst ist festzustellen, ob der Vermieter C überhaupt ein Pfandrecht hat. Nach § 559 ist Voraussetzung des Vermieterpfandrechts ein gültig zwischen Vermieter und Mieter abgeschlossener Mietvertrag; ferner müssen die vom Mieter eingebrachten Sachen im Eigentum des Mieters stehen, um dem Pfandrecht zu unterliegen. Während schwebender Bedingung ist *B* Eigentümer des Inventars gewesen, also das Vermieterpfandrecht entstanden, sei es mit dem Augenblicke der Einbringung oder falls die Möbel etwa durch Leihvertrag im Besitze des *B* waren, mit dem Eigentumserwerb. Mit Eintritt der Bedingung ist aber das Eigentum an dem Inventar an *A* zurückgefallen. Welchen Einfluß hat diese Tatsache auf den Bestand des Pfandrechts? Erlischt es auf Grund der Tatsache, daß mit Eintritt der Bedingung das Eigentum an dem Inventar an *A* zurückkehrt? Vom Standpunkt der Bejahung der rückwirkenden Kraft der erfüllten auflösenden Bedingung käme man sofort zur Lösung, nämlich zu der Antwort, daß es so angesehen werde, als habe das Eigentum des *B* und folgeweise auch das für *C* an diesem Eigentum bestehende Pfandrecht nie bestanden. Aber auf dem Boden des BGB., das ja

die Rückwirkung verneint, muß man zu einem anderen Resultat kommen.

Ueber diese Frage sind die Meinungen geteilt. Niedner [148]) und Mittelstein [149].) vertreten die Ansicht, daß das Pfandrecht bestehen bleibe, während andere: Raape, Fuchs [149a].), Oertmann [149b].), Staudinger [149c].) sich für den Untergang aussprechen.

Um zur Entscheidung dieser Frage zu kommen, ist es ratsam, zunächst losgelöst vom konkreten Fall, die Frage zu beantworten, ob ganz allgemein nach dem BGB. ein Pfandrecht erlischt, wenn der Eigentümer, an dessen Eigentum das Pfandrecht entstanden ist, sein Eigentum verliert. Niedner verneint diese Frage mit der Begründung, daß das BGB. „das Bestehenbleiben der an einem Rechte begründeten Rechte Dritter im Falle der Beendigung des Rechtes als Regel anerkenne." Diesen Satz leitet Niedner aus den Rechtssätzen über Verbindung und Vermischung (§ 945), dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers (§ 936) her, denen die Rückwirkung der Anfechtung als Spezialvorschrift gegenüberstehe. Auch Raape [150]), der Gegner Niedners, erkennt das Bestehen dieser Rechtsregel an, wenn er sie, wohl auch richtig, nicht so allgemein aufstellt, sondern mehr einschränkt. Er begründet sie mit dem Gegensatz zwischen ewigem Recht (Eigentum) nnd beschränktem dinglichen Recht (Pfandrecht.) Aber Raapes Begründung scheint mir nur eine Seite der Sache zu treffen. Aus der Tatsache, daß er das Eigentum ewig nennt, ergibt sich notwendig die Folgerung, daß auch an herrenloser Sache das Eigentum weiter besteht, ohne daß sie einen Eigentümer hat. Der Begriff eines subjektlosen Eigentums wird aber allgemein verneint [151].) Daher könnte Raape mit dieser Begründung nur den gutgläubigen Erwerb, nicht aber die Aneignung erklären

Eine umfassendere Begründung läßt sich herleiten aus dem allgemeinen Sprachgebrauch des BGB. Es findet sich nämlich nie die Wendung „Recht am Eigentum", also Recht am Recht, sondern es heißt immer „Recht an einer beweglichen Sache oder an einem Grundstück", wenn die Belastung einer im Eigentum stehenden Sache gemeint ist. Daraus ergibt sich, daß die beschränkten dinglichen Rechte vom Eigentum losgelöst sind. „Sie ergreifen die Sache, ohne des Eigentums als Zwischengliedes zu bedürfen, und belastet ist nicht

148. Niedner, D. J. Z. 1907, S. 569 ff.
149. Mittelstein, Das Mietsrecht nach dem BGB., § 78, S. 373 ff.
149a. Fuchs, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34, S. 391.
149b. Oertmann, § 559.
149c. Staudinger, § 556, Anm. 8. 5/6. Aufl. 1913.
150. Raape, D. J. Z. 1908, S. 133.
151. Iherings Jahrb. Bd. 10, S. 390;
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 254.

das Eigentum, sondern die Sache selbst“ [152].) Daher bleibt auch das Recht unabhängig von dem Bestande des Eigentums bestehen, während ein Recht am Recht z. B. Pfandrecht an einer Reallast zugrunde geht.

Müssen wir diesen allgemeinen Satz, daß ein Pfandrecht nicht mit dem Eigentum erlöschen muß, auch auf unseren Fall anwenden, muß mit anderen Worten der A auch nach Eintritt der Bedingung das Vermieterpfandrecht an den in seinem Eigentum stehenden Möbeln dulden oder aber entspricht die entgegengesetzte Entscheidung dem Wesen der Resolutivbedingung? Ist etwa doch der speziell für die Bedingung geschaffene § 161, Abs. II mit Abs. I anwendbar?

§ 161 besagt, daß jede **rechtsgeschäftliche Verfügung**, die während der durch die auflösende Bedingung geschaffenen Schwebezeit erfolgt, unwirksam sei, soweit sie den Rückfallberechtigten schädigt. Es fragt sich, ob das gesetzliche Pfandrecht durch eine Verfügung des bedingt Verpflichteten entsteht. Verfügung ist das dingliche Rechtsgeschäft, soweit es ein Opfer enthält. Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, dessen wichtigster Bestandteil Willenserklärungen sind und dessen Rechtsfolgen sich nach dem Inhalt dieser Willenserklärungen richten. Beruht das gesetzliche Pfandrecht auf einer Willenserklärung? Ausgangspunkt für das gesetzliche Vermieterpfandrecht ist das römische Recht mit seiner vertragsmäßigen Verpfändung bei Abschluß des Mietvertrages ohne Uebertragung des Besitzes, eine Form, die bei den Römern wegen der Gleichstellung von pignus und hypotheca ohne weiteres möglich war. Im gemeinen Recht wurde es bald zum gesetzlichen auf Grund der Präsumtion einer stillschweigenden Verpfändung, die sich im Laufe der Entwicklung zur Fiktion abschwächte. Das BGB. dagegen lehnt die Fiktion von der stillschweigenden Verpfändung scharf ab und macht die Entstehung des Vermieterpfandrechts von einem rein tatsächlichen Moment, der Einbringung der Sachen in die gemieteten Räume abhängig. Folglich ist § 161 nicht direkt auf das gesetzliche Pfandrecht anwendbar.

Ist aber eine analoge Anwendung möglich? Um sie bejahen zu können, müßten wir zu der Entscheidung kommen, daß die Gründe, die zur Einsetzung des § 161 geführt haben, und sein Sinn und Zweck die gleichen sind, die für das Erlöschen der gesetzlichen Pfandrechte in unserem Falle sprechen.

Zunächst ist hier die Frage zu entscheiden, die ich oben, als ich von der schwebenden Bedingung sprach, offen gelassen habe, nämlich die Frage danach, was der juristische Grund für das im § 161 normierte Unwirksamwerden aller Zwischenverfügungen sei, ob die Rückwirkung oder die Gebundenheit der Parteien. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß man bezüglich der Rechtslage zwischen

---

152. Gierke Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 598 u. S. 564, S. 524, Anm. 29

dem bedingt Belasteten und dem mit diesem kontrahierenden Dritten auf dingliche Rückwirkung schließen. Alle während der Schwebezeit vorgenommenen schädigenden Verfügungen sollen nämlich **unwirksam** sein. Unwirksamkeit steht aber nach dem Sprachgebrauch des BGB. der Nichtigkeit gleich, ist Nichtigkeit; denn unwirksam ist das Rechtsgeschäft, dem seine rechtliche Wirkung definitiv versagt ist. 153.) Das bedeutet auf den § 161 angewandt, daß die nachteilige Verfügung mit dem Eintritt der Bedingung nicht für die Zukunft ihre Wirksamkeit verliert, sondern daß das Rechtsgeschäft als garnicht vorgenommen angesehen wird. 154.) Trotz dieses unzweifelhaften Wortlauts ist aber doch der Sinn des Gesetzes wohl ein anderer. Ist tatsächlich allein die Rückwirkung die juristische Grundlage des § 161, werden die nach § 161 eintretenden Folgen nur durch die Rückwirkung ausgelöst? Es muß doch wunder nehmen, daß das Gesetz im § 158, Abs. II, also bezüglich des Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien sich scharf gegen die dingliche Rückwirkung ausspricht und im nächsten Paragraphen bezüglich der Rechtslage zwischen bedingt Belastetem und Drittem von einem Unwirksamwerden aller Zwischenverfügungen redet, also die rückwirkende Kraft bejaht. Der § 161 will den unter einer auflösenden Bedingung Berechtigten schützen, will ihm sein Recht so wieder verschaffen, wie er es abgegeben hat. Er regelt also die Rechtsbeziehungen zwischen bedingt Verpflichtetem und Berechtigtem vom Augenblick des Eintritts der Bedingung an gerechnet für die Zukunft. Deshalb macht es keinen Unterschied, ob ich im § 161 lese: „Die Verfügung wird unwirksam", d. h. gilt als gar nicht vorgenommen oder „die Wirkung der Verfügung endigt", 155.) d. h. sie ist zwar vorhanden, wird aber mit Eintritt der Bedingung hinfällig. Ein von Hellwig 156.) angeführtes Beispiel scheint dieser Argumentation zu widersprechen. „Hat der G dem C eine Forderung von 3000 Mk. nebst Zinsen vom 1. 4. 1905 an bedingt abgetreten, am 1. 7. 1905 Hauptgeld und Zinsen für die Zeit vom 1. 4.—1. 7. einkassiert und tritt die Bedingung am 1. 8. 1905 ein, so muß der (die Abtretung kennende) Schuldner dem C Hauptgeld und Zinsen vom 1. 4. 1905 an zahlen. **Die Forderung gilt als nicht untergegangen.** Sonst könnten für die Zeit vom 1. 7.—1. 8. keine Zinsen verlangt werden". Läßt sich dieses Ergebnis tatsächlich nur unter Zugrundelegung der dinglichen Rückwirkung erreichen? M. E. ergibt sich aus dem Tatbestand, daß die Parteien die Rückwirkung vereinbart hatten,

153. Enneccerus, Bd. I, § 136, C.
154. so Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 12.
Hellmann, Vorträge über das bürgerl. Recht, S. 161.
Zitelmann, Das Recht des BGB., Allgem. Teil. S. 127.
155. ebenso Fuchs, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34. S 391, § 4.
156. Hellwig, Rückwirkung, S. 12, Anm. 3.

daß auf Grund des § 159 der C hier einen Anspruch gegen G auf Herausgabe der eingezogenen Zinssumme und gegen den Schuldner auf Zahlung der Zinsen des letzten Monats hat.

Aus Vorhergesagtem ergibt sich also, daß § 161 zwar dem Wortlaut nach auf Rückwirkung schließen läßt, aber auf Grund der Tatsache, daß sein Inhalt sich auch vom Standpunkt der Ablehnung der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung erklären läßt, ergibt sich die Frage, ob die „Ursache der Beschränkungen des in der Schwebezeit Berechtigten in der inneren Struktur seines Rechtes selbst, in der besonderen Art seiner Rechtsbeziehungen zu dem Gegenstande der bedingten Verfügung zu suchen ist". [157.)]

Hinsichtlich einer Verfügung, die eine **Eigentumsübertragung** zum Gegenstande hat, ist diese Frage zu bejahen; denn hier überträgt der Veräußerer sein Eigentum auf eine ungewisse, aber begrenzte Zeit und unterbricht damit seine eigene Berechtigung. Folglich erwirbt der Erwerber das Eigentum auch mit dieser inneren Schranke und überträgt es mit dieser Begrenzung weiter. Wird die Dauer der Begrenzung zur Gewißheit, tritt also die Bedingung ein, dann muß ebenso wie das Eigentum an den Veräußerer zurückfällt, auch die Wirkung der Zwischenverfügung erlöschen, Folgerungen, die schon Fitting gezogen hat für den Fall der Verneinung der rückwirkenden Kraft. Ist dieses Ergebnis aber auch auf die **beschränkten dinglichen Rechte** anwendbar, da ja der bedingt Verpflichtete nicht sein Recht, das er erworben hat, überträgt, sondern, wie oben dargelegt, ein daneben an der Sache bestehendes Recht? Dieses Recht aber hat der bedingt Verpflichtete kraft seines Eigentums geschaffen. Sein Eigentum trägt eine innere Belastung, nämlich die eventuelle Begrenzung auf eine ungewisse Zeit, folglich kann das **kraft**, wenn auch nicht **an** diesem Eigentum entstandene Recht kein vollwertiges sein, sondern muß ebenso begrenzt sein wie das Recht, kraft dessen es entstand. Es geht im gleichen Augenblick unter wie das Eigentum, nämlich im Zeitpunkt des Bedingungseintrittes.

Kurz zusammengefaßt ist also das Ergebnis unserer Untersuchung folgendes: der § 161 bedeutet keine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip der Verneinung der Rückwirkung, sondern ist die logische Folge der eigenartigen Struktur des durch eine Bedingung begrenzten Rechts. Das bedingte Recht trägt den Todeskeim in sich, folglich muß ihn auch das aus ihm entstehende Recht enthalten. Gilt dieser Satz aber auch für das kraft Gesetzes entstehende Recht? Das bedingte Recht trägt doch den Todeskeim in sich auf Grund der Parteiabsicht, die gesetzlichen Pfandrechte entstehen aber doch „kraft Gesetzes", d. h. gänzlich ohne Rücksicht auf den Parteiwillen. Kann deshalb ein durch Parteiwillkür belastetes

---

157. Fuchs, S. § 11.

Recht das neben ihm bestehende, allerdings sein Vorhandensein voraussetzende gesetzliche Recht beeinflussen? Auf den ersten Blick möchte man mit einem glatten „Nein" antworten, bei näherer Betrachtung kommt man aber doch zum entgegengesetzten Resultat.

Zwar hat Parteiabsicht die Möglichkeit des Untergangs in das rechtsgeschäftliche bedingte Recht hineingelegt; aber die Entscheidung über Sein oder Nichtsein dieses Rechts ist der Parteiwillkür entzogen, ist ebenso wie beim gesetzlichen bedingten Recht einzig und allein von dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung, also von einem rein tatsächlichen Moment abhängig. Beide bedingten Rechte stehen, was ihr Sein oder Nichtsein angeht, völlig gleich, und darum muß mit dem rechtsgeschäftlichen zugleich das gesetzliche bedingte Recht untergehen.

Für unseren konkreten Fall ergibt sich also: **Das Vermieterpfandrecht des C ist zwar mit Abschluß des auflösend bedingten Kaufvertrages entstanden, mit Eintritt der Bedingung, nämlich der Nichterteilung der Konzession innerhalb dreier Monate ist es ebenso wie das Eigentum wieder erloschen.**

Entspricht dieses Ergebnis der Billigkeit? Man könnte geneigt sein, die Frage zu verneinen, weil man im Zweifel annimmt, daß die auflösende Bedingung im Gegensatz zur aufschiebenden zu Gunsten des Rückfallberechtigten eingefügt sei, daß er sich daher, da er ja besser gestellt sei als der Verpflichtete, solche Einschränkungen, die ohne dessen Willen, oft ohne dessen Wissen eintreten, gefallen lassen müsse. Dem möchte ich die Frage entgegenstellen: Wird die Resolutivbedingung tatsächlich zu Gunsten des bedingt Berechtigten hinzugefügt? Ist nicht gerade in diesem Falle die auflösende Bedingung zu Gunsten des Verpflichteten hinzugefügt? Denn was sollte er mit dem Wirtschaftsinventar anfangen, wenn ihm die Konzession versagt wurde? Darum ist der Rückfallberechtigte so weit zu schützen wie eben möglich. Auch auf Kosten Dritter, hier des Vermieters C? Um das zu beantworten, ist zunächst zu untersuchen, welcher Art der Schaden ist, den der Vermieter erleidet. Er verliert ein Pfandrecht an einer in die gemieteten Räume eingebrachten Sache, da diese nicht mehr dem Mieter gehört. Das ist ungerecht, denkt man, da er nicht wissen kann, daß eine Sache mit auflösender Bedingung belastet ist. Ja, aber weiß er denn überhaupt, ob eine eingebrachte Sache im Eigentum des Mieters steht oder nicht? Wird er nicht in jedem Falle sagen: ich habe geglaubt, der Mieter sei Eigentümer? Und nützt ihm dieser Glaube etwas?

Lange Zeit war diese Frage in der Rechtswissenschaft lebhaft bestritten, und auch heute noch findet man die Ansicht vertreten, daß der § 161, Abs. III oder der § 1257, die das Prinzip „Hand wahre Hand" vertreten, auch auf die gesetzlichen Pfandrechte anzuwenden seien. Man begründet diese Meinung damit, daß man durch Aufnahme des § 1257 die im E. I vertretene unterschiedliche Behandlung von rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Pfandrecht habe

beseitigen wollen.[158] Aber der § 1257 erklärt die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft **bestellte** Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes **entstandenes** Pfandrecht für entsprechend anwendbar, während die **Entstehung** eines solchen Pfandrechts in Sonderbestimmungen geregelt ist. Die eingehende Besprechung dieser Frage liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, nur auf einen Punkt sei noch hingewiesen. Der § 1257 schreibt die **entsprechende** Anwendung der Vorschriften über das vertragsmäßige Pfandrecht auf das gesetzliche vor. Entsprechend heißt: Anwendung insoweit, als es die besondere Eigenart der gesetzlichen Pfandrechte gestattet. Die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts sind nach § 1207 in Verbindung mit § 932 Besitzübertragung und Einigung. Auf diese beiden Momente stützt sich der Schutz des guten Glaubens, der — da unser Gesetzbuch dem deutschrechtlichen Kenntlichkeitsprinzip folgt, — aus Verkehrsrücksichten gewährt, in irgendwelchen Tatsachen nach außen hin kenntliche Unterlagen haben muß. — Diese fehlen hier vollkommen, darum könnte eine solche Anwendung niemals analog genannt werden, sondern würde der ratio legis direkt widersprechen.

§ 13: **Anwendung des Ergebnisses auf die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.**

Läßt sich nun das hier für das Vermieterpfandrecht gewonnene Resultat, daß nämlich bei Nichterteilung der Konzession das kraft des auflösend bedingten Eigentums entstandene Vermieterpfandrecht untergeht, auf die oben aufgezählten gesetzlichen Pfandrechte übertragen, sodaß man zu folgender allgemeiner Formel käme:

Bei Eintritt der Bedingung endigt mit dem bedingten Recht das kraft dieses entstandene Recht an dem dem bedingten Rechtsgeschäfte unterliegenden Gegenstande?

Das Pfandrecht des Verpächters (§ 585) und des Gastwirts (§ 704) unterstehen den gleichen Voraussetzungen, wie das Vermieterpfandrecht. Sie sind besitzlos wie dieses und entstehen nur an den eingebrachten Sachen des Pächters bezw. Gastes, d. h. setzen Eigentum dieser an den eingebrachten Sachen voraus. Deshalb sind sie wie das Vermieterpfandrecht zu behandeln und alles vorher für dieses Gesagte gilt auch für jene.

Anders verhält es sich mit den übrigen genannten gesetzlichen Pfandrechten. Sie entstehen nämlich nicht wie die vorher genannten durch Einbringung, also einer Handlung des Schuldners, sondern durch Besitzergreifung seitens des Pfandgläubigers. Dadurch kann

158. Entscheidung, L. G. I, Berlin, Recht, 1901, S 492.

zwar der Einfluß der Bedingung auf sie kein anderer sein, da, wie wir bei dem Vermieterpfandrecht gesehen haben, die dingliche Wirkung der Bedingung ohne Rücksicht auf den Besitz eintritt, wohl aber könnte man an der oben beim Vermieterpfandrecht im ablehnenden Sinne entschiedenen Anwendbarkeit der Sätze über den Schutz des guten Glaubens zweifeln.

Für die handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte haben wir sogar eine positive unzweideutige entgegengesetzte Vorschrift. Der § 366, Abs. III HGB. stellt die oben genannten gesetzlichen Pfandrechte den rechtsgeschäftlichen gleich und zwar auch bezüglich ihrer Entstehung; es wird nicht nur der gute Glaube an das Eigentum, sondern auch an dessen Verfügungsmacht geschützt.

Wie verhält es sich nun mit den gesetzlichen, mit Besitz verknüpften Pfandrechten des BGB.? Ich habe oben schon als Grundlage des Schutzes des guten Glaubens die Kenntlichkeit nach außen hin bezeichnet: die Einigung und die Besitzergreifung. Letztere ist hier vorhanden, Einigung ist nicht nötig und möglich, da es sich um Rechte handelt, die kraft Gesetzes, d. h. ohne, ja gegen den Willen der Parteien entstehen können. Aber können nicht im Augenblicke der Besitzübertragung dem § 932 ff. analoge Verhältnisse vorliegen, wenn z. B. der Verpächter den Besitz überträgt, — zwar meist nicht zur Pfandbestellung, sondern auf Grund des Pachtvertrages — und wenn der Pächter den Besitz ergreift, in dem Bewußtsein, daß durch die Besitzübertragung nicht nur der Pachtvertrag erfüllt wird, sondern ihm auch ein Pfandrecht an dem gepachteten Inventar entsteht. Dieses **Erwerbsbewußtsein** läßt Fuchs [159.)] neben der Besitzergreifung genügen, um den Schutz des guten Glaubens zuzuerkennen. M. E. hat diese Ansicht theoretisch viel für sich; denn es kann nicht verkannt werden, daß ein Unterschied zwischen dem besitzlosen und mit Besitz verknüpften Pfandrechten besteht. Aber wie soll man sich die praktische Durchführung denken? Wie soll bewiesen werden, daß beim Pächter dieses Erwerbsbewußtsein vorgelegen habe, und wen trifft hier die Beweislast? Bei einer Einigung kann man aus den Willenserklärungen auf die Parteiabsicht schließen. Hier aber ist das Erwerbsbewußtsein ein rein in der Gedankenwelt des Pächters vorhandener Faktor, der in den seltensten Fällen zur Kenntnis des Verpächters kommen wird, außerdem etwas Sekundäres im Vergleich zu der im gleichen Augenblick vorgenommenen Besitzübertragung ist, die doch zum Zwecke der Erfüllung des Pachtvertrages vorgenommen wird.

Würde sich solch eine unterschiedliche Behandlung der besitzlosen und mit Besitz verknüpften Pfandrechte überhaupt rein aus der Natur der Pfandrechte rechtfertigen lassen? Betrachten wir das Verpächter- und Pächterpfandrecht nebeneinander. Ersteres besteht zur Sicherung des Pachtzinses, letzteres zur Sicherung für alle

159. Fuchs, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 34, S. 429.

Forderungen des Pächters, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen. Daß das eine Pfandrecht besitzlos, daß andere mit Besitz verknüpft ist, ergibt sich hier deutlich aus der Lage der Dinge: das Pfandrecht des Verpächters kann garnicht, ebenso wie das Vermieterpfandrecht mit Besitz verbunden sein, während ein Pächterpfandrecht ohne Besitz sich garnicht denken läßt. Und da sollte nun, wenn beide im Augenblicke der Besitzübertragung das Bewußtsein haben, ein Pfandrecht zu erlangen, der gute Glaube des Pächters geschützt, der des Verpächters dagegen belanglos sein? M. E. kann bei dem mit Besitz verknüpften Pfandrecht ebensowenig von einer Anwendbarkeit der Rechtssätze vom guten Glauben die Rede sein, wie beim besitzlosen Pfandrecht.

Das Ergebnis der geführten Untersuchung ist demnach folgendes:

Bei Eintritt der Resolutivbedingung endigt auf Grund der der Bedingung innewohnenden dinglichen Wirkung mit dem bedingten Recht das kraft dieses an diesem oder an dem von dem bedingten Rechtsgeschäft ergriffenen Gegenstande entstandene Recht.

Lebenslauf.

Ich, Änne Weland, wurde am 3. Oktober 1901 zu Essen als Tochter des Rektors Heinrich Weland und seiner Ehefrau Anna, geb. Brüggemann geboren. Ich bin evangelisch.

Von 1908—1912 besuchte ich die hiesige Friedenschule, von 1908—1916 das Lyzeum, von 1916 ab die gymnasiale Studienanstalt der hiesigen Viktoriaschule, an der ich Ostern 1922 die Reifeprüfung bestand.

Dann ging ich zur Universität und zwar studierte ich zunächst 1 Semester Volkswirtschaft in Freiburg i. Br., dann Jura und zwar 2 Semester in Freiburg i. Br., 1 Semester in Kiel und 3 Semester in Marburg. Am 16. Dezember 1925 bestand ich am Oberlandesgericht in Cassel die erste juristische Prüfung. Am 18. Januar 1926 wurde ich zum Referendar am Landgericht Essen ernannt. Ich habe aber meinen Dienst nicht sofort angetreten, sondern mich zwecks Anfertigung der vorliegenden Arbeit bis zum 15. August 1926 beurlauben lassen.

An dieser Stelle möchte ich allen meinen verehrten Lehrern, insbesondere Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard, der mir die Anregung zu dieser Arbeit gab, für ihre Mühewaltung meinen aufrichtigsten Dank aussprechen.

Marburg, im Juni 1926

Änne Weland
Gerichtsreferendar.